Das System der Körperschaftsbildung als Kriterium der rechtlichen Behandlung privater Vorgesellschaften – dargestellt am Beispiel von Verein und Aktiengesellschaft

INAUGURAL — DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

Vorgelegt von

Helmut Voigt

Regierungsrat in Berlin

1969

Das System der Körperschaftsbildung als Kriterium der rechtlichen Behandlung privater Vorgesellschaften – dargestellt am Beispiel von Verein und Aktiengesellschaft

INAUGURAL — DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

Vorgelegt von

Helmut Voigt

Regierungsrat in Berlin

1969

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Ernst E. Hirsch
Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Karl Sieg
Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juli 1969

Meinen Eltern
in Liebe und Dankbarkeit
zugeeignet

Das System der Körperschaftsbildung als Kriterium der rechtlichen Behandlung privater Vorgesellschaften - dargestellt am Beispiel von Verein und Aktiengesellschaft

1. Kapitel: Ausgangslage der Untersuchung

§ 1

Verein und Aktiengesellschaft vor Erwerb der Rechtsfähigkeit — Seite

A) Der Entstehungsvorgang

I. Der Ablauf des Entstehungsvorganges in den vom Gesetz vorgezeichneten Stufen bei

1. dem rechtsfähigen Verein, 1
2. der Aktiengesellschaft 3

II. Der Ablauf des Entstehungsvorganges in bezug auf die notwendigen tatsächlichen Vorbereitungsgeschäfte bei

1. dem rechtsfähigen Verein, 8
2. der Aktiengesellschaft 9

B) Die Interessenlage

I. Die Bedeutung des Erwerbes der juristischen Persönlichkeit für Verein und Aktiengesellschaft 11

II. Die auf das Entstehen der juristischen Person notwendigerweise Einfluß nehmenden Interessen

1. Das Interesse des Staates 18
2. Das Interesse der Gründer 34
3. Das Interesse der Gesamtheit der übrigen Teilnehmer am Rechtsverkehr 34

§ 2 Seite

Die Abgrenzung der Untersuchung

A) Die Aufgabe der Arbeit

I. Der dieser Arbeit zugrundezulegende Bezugspunkt 37

II. Formulierung der Aufgabe der Arbeit entsprechend den zu § 1 und § 2 A I gewonnenen Ergebnissen 37

B) Die für die Untersuchung in Betracht kommenden Entwicklungsstadien bei

I. Verein

1. Stadium der Gründungsvorbereitung 38
2. Nicht rechtsfähiger Verein 4o

II. Aktiengesellschaft

1. Stadium der Gründungsvorbereitung 41
2. Vorgesellschaft 45

C) Die für die Arbeit auszuwählenden Entwicklungsstadien

I. Der Auswahlmaßstab 48

II. Anwendung des Auswahlmaßstabes

1. auf den entstehenden Verein 49
2. auf die entstehende Aktiengesellschaft 5o

D) Die prinzipielle Abgrenzung der der Arbeit zugrundezulegenden Rechtsmaterie 51

2. Kapitel: Erscheinungsformen der staatlichen Einflußnahme auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften und ihr Einteilungsprinzip — Seite

§ 1

Erscheinungsformen der staatlichen Einflußnahme

A) Die denkbaren Möglichkeiten für den Staat, sich in bezug auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften zu verhalten, als tatsächliche Grundlage des zu erwägenden Einteilungsprinzips

I. Die denkbaren Intensitätsgrade staatlicher Einflußnahme auf die Körperschaftsbildung 53

II. Begrenzung der denkbaren Intensitätsgrade im Bereich der privaten rechtsfähigen Körperschaften 65

B) Die Verwirklichung der denkbaren Möglichkeiten im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht

I. Überblick über die körperschaftsrechtliche Situation im 19. Jahrhundert als Vorbereitung des geltenden Rechts in

1) Deutschland 69
2) Österreich 86
3) Schweiz 91

II. Darstellung der im geltenden deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht beschrittenen Wege, die Einflußnahme des Staates auf das Entstehen rechtsfähiger Vereine und Aktiengesellschaften zu regeln — Seite

1. Gebundenheit der Entstehung an staatliche Verleihung

a) in verschiedener Ausgeb) staltung — 98

2. Freiheit des Entstehens von staatlicher Mitwirkung — 1o9

3. Zwischenlösungen

- Staatliche Einflußnahme auf das Entstehen rechtsfähiger Vereine und Aktiengesellschaften, deren Intensität zwischen den vorstehend zu 1) und 2) bezeichneten grundsätzlichen Lösungen liegt -

a)- in verschiedener Ausged) staltung — 111

§ 2

Einteilungsprinzip der Erscheinungsformen der staatlichen Einflußnahme

A) Darstellung der Einteilungsversuche

I. Zweiteilung in Konzessions- und Freiheitssystem — 119

II. Dreiteilung in Konzessionssystem, System der Normativbestimmungen und System der freien Körperschaftsbildung — 122

Seite

1. 123
2. in verschiedener Abgrenzung 124
3. 125
4. 125

III. Vierteilung in Oktroisystem, Konzessionssystem, System der Normativbestimmungen und System der freien Körperschaftsbildung 126

IV. Neueinteilung Beitzkes 129

B) Bestimmung des dieser Arbeit zugrundezulegenden Einteilungsprinzips

I. Kritische Würdigung der zu A) dargestellten Einteilungsversuche

1. Die Kritierien der Würdigung 131

2. Die Anwendung der Kritierien auf die dargestellten Einteilungsversuche

a)
b)
c) - oben I - IV -
d) 133

II. Inhaltsbestimmung und Bezeichnung des eruierten Einteilungsprinzips

1. Inhaltsbestimmung 140
2. Bezeichnung 145

Seite

3. Kapitel: Zusammenhänge zwischen Interessenlage (Kapitel 1), Systematik (Kapitel 2) und der rechtlichen Behandlung von Verein und Aktiengesellschaft vor Erwerb der Rechtsfähigkeit

A) Anwendungsfälle des ermittelten Einteilungsprinzips

I. Einzeldarstellung auf der 147
II. Grundlage der zu § 2 B II 149
III. 1 (Kapitel 2) dargeleg- 151
IV. ten Unterscheidungen 152

B) Grundsätzliche Folgerungen aus Interessenlage und Systematik für die vor Erwerb der Rechtsfähigkeit geltenden Rechtsregeln

I. Ableitung von Prinzipien betreffend die rechtliche Behandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft 153

II. Bedeutung der Prinzipien für die Rechtsanwendung - dargestellt auf der Grundlage der Übersicht zu A) 161

C) Gedanken zu einer Gesetzesreform 173

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	=	am angegebenen Ort
ABGB	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	=	Absatz
ADHGB	=	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	=	am Ende
a.F.	=	alte Fassung
AG	=	Aktiengesellschaft
AktG	=	Aktiengesetz (ohne Adjektiv: deutsches -)
ALR	=	Allgemeines Landrecht Preußen
Anm.	=	Anmerkung
arg.	=	argumentum
Art.	=	Artikel
Artt.	=	Artikel (Mehrzahl)
AS	=	Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze
Aufl.	=	Auflage
AVG	=	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1950 (Österreich)
BAG	=	Bundesarbeitsgericht
BB.	=	Der Betriebsberater
Bd.	=	Band
Bem.	=	Bemerkung
betr.	=	betreffend
BFH	=	Bundesfinanzhof
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	=	Bundesgesetzblatt (ohne Adjektiv: deutsches -)
BGB - RGRK	=	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHSt	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (amtliche Sammlung)
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)

BS	=	Bereinigte Sammlung der eidgenössischen Gesetze
BSG	=	Bundessozialgericht
BV	=	Bundesverfassung (Schweiz)
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	=	beziehungsweise
cap.	=	capitel
DB	=	Der Betrieb
d.h.	=	das heißt
Diss.	=	Dissertation
DRiZ	=	Deutsche Richterzeitung
EG	=	Einführungsgesetz
Einl.	=	Einleitung
EStG	=	Einkommensteuergesetz
etc.	=	et cetera
ev.	=	evangelisch (e) (s)
f.	=	folgend
ff.	=	folgende
FGG	=	Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
Fußerl.	=	Fußerläuterung (Bezeichnung für die im verwerteten Schrifttum gebrauchten Fußnoten, um Verwechselungen mit den "Fußnoten" dieser Arbeit zu vermeiden)
G	=	Gesetz
GA	=	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GBl.	=	Gesetzblatt
GG	=	Grundgesetz (für die Bundesrepublik Deutschland)
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Großkomm.	=	Großkommentar
HGB	=	Handelsgesetzbuch
h.M.	=	herrschende Meinung
i.V.m.	=	in Verbindung mit

Judikatur d. VerfGH	=	Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs (von 1919 - 1964)
JZ	=	Juristenzeitung
Komm.	=	Kommentar
KStG	=	Körperschaftsteuergesetz
lib.	=	liber
LM	=	Lindenmaier - Möhring (Nachschlagewerk der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes)
m.E.	=	meines Erachtens
m.w.N.	=	mit weiteren Nachweisen
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	=	Nummer
Ö.	=	Österreich
österr.	=	österreichische (r) (s)
österr. ObGH	=	österreichischer Oberster Gerichtshof
OFH	=	Oberster Finanzgerichtshof
OGH Brit. Zone	=	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	=	Oberlandesgericht
OR	=	Obligationenrecht
OTrE	=	Preuß. Obertribunal (amtliche Slg.)
preuß.	=	preußisch
Preuß.Gesetzes-Slg.	=	Preußische Gesetzes-Sammlung
Rdn.	=	Randnummer (note)
RFH	=	Reichsfinanzhof
RG	=	Reichsgericht
RGBl.	=	Reichsgesetzblatt (ohne Adjektiv: deutsches -)
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
ROHG	=	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	=	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (amtliche Sammlung)
RPflG	=	Rechtspflegergesetz

s.	=	siehe
S.	=	Seite
Slg.	=	Sammlung der Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs
sog.	=	sogenannte (r)
Sp.	=	Spalte
StGB	=	Strafgesetzbuch
StGG	=	Staatsgrundgesetz (Österreich)
StRK	=	Steuerrechtsprechung in Karteiform
StuW	=	Steuer und Wirtschaft
Tit.	=	Titel
u.	=	und
u.a.	=	unter anderem, und andere
u.s.w.	=	und so weiter
u.U.	=	unter Umständen
v.	=	vom / von
VAG	=	Versicherungsaufsichtsgesetz
vgl.	=	vergleiche
VO	=	Verordnung
Vorbem.	=	Vorbemerkung
WRV	=	Weimarer Reichsverfassung
z.	=	zum (zu)
z.B.	=	zum Beispiel
ZGB	=	Zivilgesetzbuch
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von L. Goldschmidt
Ziff.	=	Ziffer
ZPO	=	Zivilprozeßordnung
zust.	=	zustimmend

Literaturverzeichnis

1 Abderhalden, Ernst: Die Vereinsfreiheit im schweizerischen Verfassungsrecht, insbesondere ihr Verhältnis zum Zivilrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht (begründet von Max Gmür) Neue Folge Heft 134, 1938.

2 Adamovich, Ludwig, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts, 5. Auflage Band I: Allgemeiner und formellrechtlicher Teil, 1954; Band II, Materiellrechtlicher Teil, 1953.

3 Aktiengesetz, Großkommentar (Gadow - Heinichen), 2. Auflage Band I, §§ 1 - 144, 1961; Zitierweise: (Bearbeiter) in Großkomm. z. AktG.

4 Auerbach, W.; Das Actienwesen, 1873.

5 Barbash, Jack: Strategie und Taktik der amerikanischen Gewerkschaften (Titel der Originalfassung: Labor Unions in action; ins Deutsche übertragen von Rose Frölich) 1948/1951.

6 Baron, Josef: Das Deutsche Vereinswesen und der Staat im 19. Jahrhundert, Diss. Göttingen 1961 (1962)

7 Baumbach - Hueck, Aktiengesetz, Kurzkommentar, 13. Auflage, begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Alfred und Götz Hueck, 1968, Zitierweise: Baumbach - Hueck.

8 Beitzke, Günter: Konzessionssystem, Normativbestimmungen und freie Körperschaftsbildung, in: ZHR 108 S. 32 ff.

9 Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, begründet von Max Gmür, 2. Auflage Band I, Einleitung und Personenrecht, 1919: 3. Auflage Band I Teilband 1, Einleitung, 1962; Zitierweise: (Bearbeiter) in Berner Kommentar.

1o Boening, Wolfgang: Der Einfluß der Arbeitnehmer auf die Maßnahmen der Betriebsführung und die staatliche Wirtschaftslenkung in den USA, Diss. Marburg 1957.

11 Canstein, Raban Freiherr von: Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, Band I: Allgemeiner Teil und Gesellschaftsrecht, 1895; Zitierweise: Canstein.

12 Dobroschke, Eduard: Die Konzessionierung des wirtschaftlichen Vereins, in: DB 1966, S. 1717 ff.

13 Ehrenzweig, Armin: System des österreichischen Privatrechts, 2. Auflage, Band I Teilband 1: Allgemeiner Teil (Bearbeiter: Adolf Ehrenzweig), 1951. Zitierweise: Ehrenzweig, System.

14 Endemann, F.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Band I: Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 1903.

15 Enneccerus - Kipp - Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 15. Auflage 1959, Zitierweise: (Bearbeiter) bei Enneccerus.

16 Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4. Auflage 1. Band (§§ 1 - 853 BGB), 1967, Zitierweise: (Bearbeiter) bei Erman.

17 Esser, Josef: Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, Ein Lehrbuch, 2. Auflage 1960.

18 Fabricius, Fritz: Relativität der Rechtsfähigkeit, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Band 14, 1963.

19 Fessler, Peter: Österreichisches Vereinsrecht, nicht datiert (um 1968).

20 Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Auflage Band I: Allgemeiner Teil, 1966.

21 Fraenkel, Ernst: Die ordnungspolitische Bedeutung der Verbände im demokratischen Rechtsstaat, in: Die Stellung der Verbände im demokratischen Rechtsstaat; 1968, (Bericht über die Tagung der Evangelischen Akademie in Bad Boll vom 30. Oktober bis 1.November 1967) S. 11 - 28.

22 Friauf, Karl-Heinrich, zum Stichwort "Vereinigte Staaten" in Evangelisches Staatslexikon, herausgegeben von Hermann Kunst u.a., 1. Auflage 1966.

23 Frick, Willy N.: Die Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter und ihre Gründungsvoraussetzungen, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, neue Folge, Heft 198, 1955.

24 Fromm - Goldberg: Versicherungsaufsichtsgesetz und Bundesaufsichtsgesetz, Kommentar, 1966.

25 Giacometti, Zaccaria: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Band I 1960.

26 Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887.

27 Gneist, Rudolf: Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Auflage 1879.

28 v. Godin - Wilhelmi: Aktiengesetz, Kommentar 3. Auflage 1967 Band I, bearbeitet von Hans und Sylvester Wilhelmi, Zitierweise: Godin-Wilhelmi.

29 Granichstaedten - Czerva, Rudolf: Das Aktiengesetz (Bundesgesetz vom 31. März 1965 über Aktiengesellschaften) mit erläuternden Bemerkungen, 1965.

3o Greif, Wolfgang: Personenbeförderungsgesetz, Kommentar, 1961.

31 Gschnitzer, Franz: Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1966; Zitierweise: Gschnitzer.

32 Gumbel, Karl: Lobbyismus oder verantwortliche Mitarbeit der Verbände in: Die Stellung der Verbände im demokratischen Rechtsstaat; 1968, (Bericht über die Tagung der Evangelischen Akademie in Bad Boll vom 30. Oktober bis 1. November 1967) S. 11 - 28.

33 Gutzwiller, Max: Verbandspersonen, in: Schweizerisches Privatrecht, herausgegeben von Max Gutzwiller, Hans Hinderling u.a., Band II, 1967.

34 Hallstein, Walter: Die Aktienrechte der Gegenwart, 1931.

35 Hedemann, Justus Wilhelm: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Erster Teil: Die Neuordnung des Verkehrslebens, 1910.

36 Heini, Anton: Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht, herausgegeben von Max Gutzwiller, Hans Hinderling u.a., Band II, 1967.

37 Henle, Rudolf: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil, 1926.

38 Herzog, Roman: Zum Stichwort "Pluralismus" in Evangelisches Staatslexikon, herausgegeben von Hermann Kunst u.a., 1. Auflage 1966.

39 Heß, Hans, in: Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des Nationalsozialistischen Staates, Handbuch, Band III, Gruppe-Beitrag 65: Privatversicherung.

4o Hirsch, Ernst E.: Kontrolle wirtschaftlicher Macht, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht (begründet von Max Gmür) Neue Folge Heft 330, 1958; Zitierweise: Hirsch, Kontrolle wirtschaftlicher Macht.

41 Hirsch, Ernst E.: Leitfaden für das Studium des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Auflage 1966, Zitierweise: Hirsch, Leitfaden.

42 Hirsch, Ernst E.: Das Türkische Aktienrecht, Ausländische Aktiengesetze (herausgegeben von der Gesellschaft für Rechtsvergleichung) Band V, 1958, Zitierweise: Hirsch, Türkisches Aktienrecht.

43 Huber, Hans: Staat und Verbände, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart - Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften - Heft 218, 1958.

44 Huber, (Ernst) Rudolf, in: Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des Nationalsozialistischen Staates, Handbuch, Band I, Gruppe 2 Beitrag 19: Staat und Wirtschaft, Zitierweise: Huber in Handbuch.

45 Iklé, R.A.: Die Kommandit-Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 18, 1907.

46 Jellineck, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage 1922 (7. Neudruck 1960).

47 Kastner, Walther; Das österreichische Gesetz über Aktiengesellschaften vom 31.3.1965, 1966.

48 Kastner, Walther: Zum Vorgründungsvertrag und zur Vorgesellschaft, in: Österreichische Notariatszeitung 1955, S. 154 ff.

49 Keyßner, Hugo: Die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien unter dem Reichsgesetz vom 11.6.1870, 1873.

5o Kissling, Josef Anton: Korporative Gebilde nach solothurnischem öffentlichem Recht, 1961.

51 Klang - Gschnitzer: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Band I Teilband 1: Einleitung, §§ 1 - 43, Ehegesetz, 1964;
Zitierweise: (Bearbeiter) bei Klang-Gschnitzer.

52 Knittel, Wilhelm: Besteht ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Konzessionierung eines wirtschaftlichen Vereins nach § 22 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 GG? in DB 1965 S. 243 f.

53 Koch, Christian-Friedrich, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Kommentar, Band II: Teil I Tit. 12 - 23 ALR; Band III: Teil II Tit. 1 - 8 ALR 6. Auflage 1879. Zitierweise: (Bearbeiter) bei Koch.

54 Kohler, Josef: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil, 1906.

55 Koller, Arnold: Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Schweiz, 1967.

56 Krüger, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage 1966.

57 Küchenhoff, Günther und Küchenhoff, Erich: Allgemeine Staatslehre, 5. Auflage 1964.

58 Kuhlenbeck, Ludwig: Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, Kommentar, Band I: §§ 1 - 853 BGB, 2. Auflage 1903.

59 Lange, Heinrich: BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 10. Auflage 1968.

60 Lehmann, Karl: Das Recht der Aktiengesellschaften, Band I, 1898 (Neudruck der Ausgabe Berlin 1898).

61 Lehmann, Michael: Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Berlin 1968.

62 Leonhard, R.: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, 1900.

63 Limbach, Jutta: Theorie und Wirklichkeit der GmbH, Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung an der Freien Universität Berlin, 1966.

64 Löwenstein, Karl: Verfassungslehre (Titel der Originalfassung: Political Power and the governmental process, ins Deutsche übertragen von Rüdiger Börner), 1959.

65 Losert - Schiemer - Stadler: Aktiengesetz 1965 (Bundesgesetz vom 31. März 1965 über Aktiengesellschaften) mit Gesetzesmaterialien und erläuternden Bemerkungen, 1966.

66 v. Mangoldt - Klein: Das Bonner Grundgesetz 2. Auflage, Band I: Artt. 1 - 28 GG 1966.

67 Mannlicher, Egbert: Das Verwaltungsverfahren, 7. Auflage 1964.

68 Matthiaß, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 4. Auflage, Band I: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Schuldverhältnisse, 1900.

69 Maunz - Dürig: Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage 1963 (Loseblattausgabe).

70 Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Band I, 1924.

71 Menger, Christian-Friedrich: Zur Geschichte der Vereinskonzession, Diss. Göttingen 1939 (1940).

72 Meurer, Christian: Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht, 1901.

73 Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, 1899.

74 Naumann, Kurt: Die ethische Verantwortung der Interessenverbände im sozialen Rechtsstaat in: Die Stellung der Verbände im demokratischen Rechtsstaat, 1968, (Bericht über die Tagung der Evangelischen Akademie in Bad Boll vom 30. Oktober bis 1. November 1967, S. 29 - 44.

75 Neumann, Hugo: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 5. Auflage, Band I: Allgemeiner Teil etc., 1909.

76 Ostheim, Rolf: Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht, 1967.

77 Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 27. Auflage 1968. Zitierweise: (Bearbeiter) bei Palandt.

78 Pisko, Oskar: Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, 1923.

79 Prölss, Erich: Versicherungsaufsichtsgesetz, Kurzkommentar, 5. Aufl. 1966.

8o Puchelt, Ernst-Sigismund: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch 3. Auflage Band I: Artt. 1 - 270 ADHGB, 1882.

81 Rautenberg - Frantzioch: Das Personenbeförderungsrecht, Kommentar, 1961.

82 Regelsberger, Ferdinand, Pandekten, Band I: Vom Pandektenrecht im allgemeinen, Die allgemeinen Lehren des Pandektenrechts, 1893.

83 Rehbein, H.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, Band I: Allgemeiner Teil, 1899.

84 Rehbinger, Manfred: Status. Kontrakt. Rolle, in Berliner Festschrift für Ernst Eduard Hirsch zum 65. Geburtstag, 1968.

85 Ringhofer, Kurt: Der Verwaltungsgerichtshof, 1955.

86 Röthlisberger, Arthur: Die öffentlichen Genossenschaften nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1946.

87 Rosenthal, Heinrich: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 15. Auflage 1966. Zitierweise: (Bearbeiter) bei Rosenthal.

88 Ruck, Erwin: Schweizerisches Staatsrecht, 3. Auflage 1957.

89 Ruck, Erwin: Schweizerisches Verwaltungsrecht, Band I: Allgemeiner Teil 3. Auflage 1951.

90 Scheffknecht, -: Die Form des Vorvertrages zur Errichtung einer GmbH, in: Österreichische Notariatszeitung 1955, S. 157 ff.

91 Schick, Walter, zum Stichwort "Autonomie in Evangelisches Staatslexikon, herausgegeben von Hermann Kunst u.a., 1. Auflage 1966.

92 Schneider, Hans: Über Einzelfallgesetze, in: Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag 1959.

93 Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Geschichte der juristischen Person, Band I: Universitas, Corpus, Collegium im klassischen römischen Recht, 1933.

94 Schönke - Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage 1967.

95 Schrag, Paul: Internationale Idealvereine, 1936.

96 Schwarz, Otto Georg: Das neue Aktienrecht, 1937.

97 Seiler, Karl: Verbände nach schweizerischem Vereins- und Genossenschaftsrecht, 1937.

98 Staub, Hermann: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, Band I: §§ 1 - 177 HGB, Band II: §§ 178 - 342 HGB, 1933. Zitierweise: (Bearbeiter) bei Staub.

99 Staudinger, J.v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, Band I Allgemeiner Teil, 1955, Band II: Recht der Schuldverhältnisse Teil 1 b: § 242 BGB (1961), Teil 1 c: §§ 249 - 327 BGB (1967), Zitierweise: (Bearbeiter) bei Staudinger.

100 Steiger, F. v.: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 3. Aufl. 1966.

101 Süssner, -: Über den Vorvertrag zur Errichtung einer Gesellschaft m.b.H., in: Österreichische Notariatszeitung 1955 S. 156.

102 Tuor, Peter: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Aufl. 1968, bearbeitet von Schnyder, Bernhard, herausgegeben von Jäggi, Peter. Zitierweise: Tuor/Schnyder.

103 Türcke, R.: Das Bürgerliche Recht, Kommentar, 3. Auflage, Band I: §§ 1 - 853 BGB, 1911.

104 Ule, Carl Hermann: Verwaltungsprozeßrecht, Ein Studienbuch, 4. Auflage 1966.

105 Varain, Heinz Josef: Zum Stichwort "Verbände" in Evangelisches Staatslexikon, herausgegeben von Hermann Kunst u.a., 1. Auflage 1966.

106 Wacker, Rolf: Die Vorgesellschaften als Gesellschaften besonderer Art, Diss. Würzburg 1963.

107 Wagner, Walter: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Staatsschutzsachen im Jahre 1958, in DRiZ 1959 S. 173 ff.

108 Weiss, Gottfried: Zum schweizerischen Aktienrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 385, 1968.

109 Wiedemann, C. P.; Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen. Die Voraussetzungen und Rechtswirkungen der Eintragung in Deutschland und der Schweiz, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Heft 19, 1908.

110 Wildi, Eugen: Die Gründerverantwortlichkeit nach schweizerischem Aktienrecht, 1909.

111 Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I: Einleitung, Von dem Rechte überhaupt etc., 9. Auflage 1906, Bearbeiter: Theodor Kipp.

Zitierweise: Windscheid - Kipp.

112 Wolff, Hans-Julius: Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 7. Auflage 1968, Zitierweise: H.J.Wolff.

113 Zuelch, Christoph: Rechtsnatur und Haftungsverhältnisse der Vor-Genossenschaft, Diss. Hamburg, 1964.

114 (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Auflage; Band I: Einleitung und Personenrecht; 1930, Band V Teilband a: Das Obligationenrecht - Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen (Art. 620 - 659), 1945; Band VI Teilbände 1 - 3: Die kantonalen Erlasse zum Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht, 1939 - 1941; Zitierweise: (Bearbeiter) in Zürcher Kommentar.

Das System der Körperschaftsbildung als Kriterium der rechtlichen Behandlung privater Vorgesellschaften - dargestellt am Beispiel von Verein und Aktiengesellschaft

1. Kapital: Ausgangslage der Untersuchung

§ 1

Verein und Aktiengesellschaft vor Erwerb der Rechtsfähigkeit

A) Der Entstehungsvorgang

I. der Ablauf des Entstehungsvorganges in den vom Gesetz vorgezeichneten Stufen bei

1. dem rechtsfähigen Verein

Der rechtsfähige Ideal-Verein entsteht nach deutschem Recht (§ 21 BGB) mit der Eintragung in das Vereinsregister[1]. Dieser - für sich betrachtet - kurze Akt darf indessen nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Entstehungs-

---

1) Die abweichende Gestaltung bei dem Verein mit wirtschaftlicher Zielsetzung (§ 22 BGB, wegen der zutreffenden terminologischen Abgrenzung von Zweck, Ziel, Absicht und Gegenstand wird auf Hirsch, Leitfaden, § 32 S. 119 bezug genommen) bleibt für den hier zu entwerfenden Überblick außer Betracht. Denn diesem Vereinstyp kommt nur geringe tatsächliche Bedeutung zu (vgl. Coing bei Staudinger, Vorbem. V 2a vor §§ 21 ff. BGB Rdn. 16). Das gilt gleichermaßen für das im weiteren Verlauf der Arbeit zu erörternde österreichische und schweizerische Recht, da auch in diesen Staaten angesichts der stark entwickelten juristischen Personen des Handelsrechts - Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eingetragene Genossenschaft - kaum ein Bedürfnis für die Gründung solcher Vereine besteht (vgl. Pisko

Fortsetzung der Fußnote siehe S. 2

vorgang wesentlich mehr umfaßt[2]. Das ergibt schon die Fassung des § 21 BGB. Dort heißt es "Ein Verein ... erlangt die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister ... ". Hierdurch wird klargestellt, daß der Erwerb der Rechtsfähigkeit nur möglich ist, wenn bereits ein als "Verein" zu bezeichnendes körperschaftlich organisiertes Gebilde vorhanden ist[3]. Die dementsprechend vom Gesetz notwendig vorausgesetzte Entwicklung des rechtsfähigen Vereins läßt sich anhand der diesbezüglichen, in den §§ 21 - 79 BGB verstreut anzutreffenden Bestimmungen etwa wie folgt umreißen:

Am Anfang stehen vorbereitende Gespräche einer Mehrzahl von Personen, die damit enden, daß mindestens sieben (§ 56 BGB) sich zur Gründung des Vereins entschließen. Die Gründer müssen sich über Zweck, Namen, Sitz und Eintragung des Vereins einig sein, und zwar mit den in §§ 57 Abs. 2, 58 BGB bezeichneten Einzelheiten. Alsdann haben sie den Vorstand zu bestellen. Der Vorstand meldet den Verein zur Eintragung in das Vereinsregister an (§ 59 BGB). Das Register-

---

Fortsetzung der Fußnote 1) v. S. 1:

§ 90 S. 345 a. E., S. 346; Fessler A III 1 S. 3; so sinngemäß auch Egger in Zürcher Kommentar Bd. I Vorbem. II 1 zum 2. Titel - Artt. 52 ff ZGB - Rdn. 4 unter vergleichender Bezugnahme auf das deutsche Recht. Wegen der Abgrenzungsmerkmale des Ideal-Vereins zum Verein mit wirtschaftlicher Zielsetzung, die im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht gleich sind, wird auf die eingehenden Darstellungen bei Fessler A III S. 3 f. (m.w.N.) und Tuor/Schnyder § 16 I b S. 112 f.(m.w.N.) bezug genommen.

2) Wacker S. 1.

3) Coing bei Staudinger § 22 BGB Anm. 7 Rdn. 7; Denecke in BGB-RGRK § 22 BGB Anm. 2; so sinngemäß auch RG in RGZ 130 S. 169 ff. (172); Meurer § 8 S. 79. Vergleichbare Erwägungen liegen dem Urteil des BAG in NJW 1967 S. 1437 f. zugrunde, ferner dem Urteil des BGH in JZ 1956 S. 442 ff. (442 - 444). Für das österreichische Recht: Adamovich, 2. Bd., S. 72.

gericht prüft daraufhin die Anmeldung auf das Vorliegen in den §§ 56 - 59 BGB bezeichneten Voraussetzungen. Sind sie erfüllt, läßt es die Anmeldung zu (arg. § 61 Abs. 1 BGB). Anderenfalls weist es sie zurück. Läßt das Registergericht die Anmeldung zu, so prüft nunmehr die zuständige Verwaltungsbehörde[4], ob der Verein nach öffentlichem Recht unerlaubt ist oder verboten werden kann (§ 61 Abs. 2 BGB). Bejaht die Verwaltungsbehörde eine dieser alternativ aufgestellten Voraussetzungen, so erhebt sie gegen die Eintragung des Vereins im Vereinsregister Einspruch. Der Einspruch hemmt die Eintragung des Vereins in das Vereinsregister nur, wenn die Verwaltungsbehörde den Verein binnen Monatsfrist verbietet oder wenn das rechtzeitig ausgesprochene Verbot unanfechtbar geworden ist[5] (§ 63 Abs. 2 BGB). Erhebt die Verwaltungsbehörde keinen Einspruch, wird der Verein eingetragen, und zwar unter den Modalitäten der §§ 64 - 66 BGB.

2. Aktiengesellschaft

Der Vorgang des Entstehens einer Aktiengesellschaft[6]

---

4) Wegen der Zuständigkeit nach deutschem Recht vgl. die Einzelhinweise von Coing bei Staudinger § 61 BGB, Anm. II Rdn. 2

5) Unanfechtbarkeit liegt vor bei rechtskräftiger (verwaltungs-) gerichtlicher Entscheidung, die das Verbot bestätigt, sowie bei Versäumung der Rechtsmittelfrist.

6) Die dieser Arbeit zugrundegelegte prinzipielle Vergleichbarkeit von Verein und Aktiengesellschaft ist allgemein anerkannt (vgl. z.B. Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. z.AktG, § 1 Anm. 3; Canstein § 26 C I 3 S. 461; - indem diese Autoren auf die strukturelle Gleichartigkeit beider Vereinigungsformen hinweisen). Auch der für die Aktiengesellschaft zu entwerfende Überblick beschränkt sich auf das deutsche Recht. Angesichts dessen sei an dieser Stelle für das im weiteren Verlauf der Arbeit zu erörternde ausländische Recht lediglich auf die eingehende Darstellung Wildis (S. 6-15) betr. den Ablauf des Entstehungsvorganges der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht hingewiesen.

ist wesentlich ausgedehnter. Auch hier stehen vorbereitende Gespräche einer Mehrzahl von Personen am Anfang der Entwicklung. Die Verhandlungen sind indessen meist von längerer Dauer, da ihre wirtschaftliche Bedeutung für die Beteiligten es erforderlich macht, einen weiten Kreis von Einzelfragen zu klären. Sie enden mit einer Vereinbarung von mindestens 5 Personen (§ 2 AktG), die Aktiengesellschaft gemäß der festzustellenden Satzung entstehen zu lassen und zu diesem Zweck das Grundkapital in dem abgesprochenen Verhältnis aufzubringen. Die Gründer müssen sich dementsprechend über den in § 23 Abs. 2, 3 AktG festgelegten notwendigen Satzungsinhalt einig sein. Hinzu kommen häufig Regelungen über Sondervorteile und Gründungsaufwand (§ 26 AktG) sowie über Sacheinlagen und Sachübernahmen (§ 27 AktG). Dieses in der schuldrechtlichen Einigung bestehende Entwicklungsstadium ist im Gesetz zwar in keiner Vorschrift erwähnt, wird aber von der anschließenden Feststellung der Satzung und der Übernahme der Aktien (§§ 23, 29 AktG) notwendig vorausgesetzt[7]. Mit der notariell oder gerichtlich zu beurkundenden Satzung wird dann das Gesetz geschaffen, unter dem die Aktiengesellschaft existieren will. Sie gilt für alle Mitglieder und darf wegen der Umlauffähigkeit der Mitgliedschaftsrechte[8] nur die im Aktiengesetz zugelassenen Inhalte haben (§ 23 Abs. 4 AktG.). Zusammen mit der gleichzeitig[9] vorzunehmenden Übernahme der Aktienbeteiligung bedeutet sie die Errichtung der Aktiengesellschaft (§§ 23, 29 AktG).

---

7) Godin-Wilhelmi, Vorbem. II A 2 (Anm. 3) zu § 23; so sinngemäß auch Hallstein S. 116, Wacker S. 1

8) Godin-Wilhelmi, Vorbem. II A 1 (Anm. 2) zu § 23.

9) Godin-Wilhelmi, Vorbem. II A 2 (Anm. 3) zu § 23.

An diesen ersten großen Entwicklungsabschnitt[10] schließen sich der substantielle Aufbau der Gesellschaft und die Überprüfung des Vorliegens der gesetzlichen Entstehungserfordernisse an. Die Gründer bestellen den ersten Aufsichtsrat (§§ 30 Abs. 1-3; 31 AktG); dieser bestellt seinerseits den ersten Vorstand (§ 30 Abs. 4 AktG). Bis zur Anmeldung der Gesellschaft muß auf jede Aktie der eingeforderte Betrag - mindestens ein Viertel des Nenn- oder des höheren Ausgabebetrages - eingezahlt sein (§ 36 Abs. 2 AktG). Das Prüfungsstadium beginnt mit dem Gründungsbericht der Gründer (§32 AktG). Anschließend prüfen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates den Hergang der Gründung (§ 33 Abs.1 AktG). Unter den in § 33 Abs.2 Ziff. 1-4 AktG im einzelnen bezeichneten Voraussetzungen bedarf es außerdem noch einer gesonderten Untersuchung durch Gründungsprüfer. Sowohl Vorstand und Aufsichtsrat als auch die Gründungsprüfer haben über das Ergebnis ihrer Tätigkeit einen schriftlichen Bericht zu erstatten, dessen wesentliche Punkte gesetzlich festgelegt sind (§ 34 AktG). Erst wenn alle diese Einzelerfordernisse vorliegen, ist die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister zulässig (§§ 36, 37 AktG). Das Registergericht[11] prüft nunmehr seinerseits sowohl formell als auch materiell die Ordnungsmäßigkeit der Errichtung und der Anmeldung der Gesellschaft[12]. Häufig ergeben sich Beanstandungen. Zu ihrer Behebung setzt das Gericht Fristen. Werden die Mängel behoben, trägt das

---

10) Für diese Art der Einteilung: Godin-Wilhelmi, Vorbem. II A, B zu § 23; abweichende Einteilung bei Hallstein S. 116.

11) Gemäß §§ 8 HGB 125 FGG ist das Amtsgericht zuständig, und zwar weitgehend der Rechtspfleger (§ 3 RPflG).

12) Godin-Wilhelmi, Vorbem. II C (Anm. 5) zu § 23.

Gericht die Gesellschaft in das Handelsregister ein. Mit diesem Vorgang ist die Aktiengesellschaft "als solche" (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AktG) entstanden und ihr vom Gesetz vorgezeichneter Werdegang abgeschlossen[13].

Die hier gegebene Darstellung des gesetzlichen Entstehungsvorganges gilt für sämtliche - auch für die von der Rechtspraxis herausgebildeten besonderen - Erscheinungsformen der Aktiengesellschaft. An erster Stelle ist dabei die Einmann-Aktiengesellschaft zu nennen. Sie liegt vor, wenn sich sämtliche Aktien in einer Person vereinigen[14].

---

13) Godin-Wilhelmi, Vorbem. II C (Anm. 5) zu § 23. Abweichend hiervon dehnt Hallstein (S. 116) das Entstehungsstadium bis zur Zulässigkeit des Geschäftsbeginns aus. Das ist m.E. in dieser Form - ohne eine Differenzierung - nach geltendem Aktienrecht nicht zutreffend. Die Zulässigkeit des Geschäftsbeginns gehört insoweit notwendigerweise mit zum Entstehungsstadium, als das Registergericht gemäß § 37 Abs. 2 Nr. 5 AktG die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister von dem Vorliegen einer besonderen öffentlich-rechtlichen Betriebserlaubnis abhängig gemacht, die das Gesetz nicht generell für sämtliche Unternehmer der betreffenden Branche - sondern allein für Aktiengesellschaften - vorsieht. Regelungen, die alle Unternehmer einer Branche - gleichviel ob Gesellschaft oder Einzelperson - treffen (z.B. baupolizeiliche Abnahme des Geschäftslokals), haben keinen spezifisch körperschaftsrechtlichen Gehalt und scheiden daher für die vorliegende Untersuchung aus.

14) Vgl. Baumbach-Hueck Anhang 1 nach § 262 AktG; Nipperdey bei Enneccerus § 103 III S. 612. Wegen der Einzelabgrenzung zum abhängigen Unternehmen gemäß § 17 AktG wird auf Godin-Wilhelmi § 17 AktG Anm. 4 bezug genommen.

Die darauf gerichtete Entwicklung kann bereits bei Gründung der Gesellschaft beabsichtigt gewesen sein, sie kann sich auch erst später ergeben haben[15]. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß der Entstehungsvorgang in den vom Gesetz vorgezeichneten Stufen - wie zuvor dargestellt - abläuft[16]. Die rechtlichen Besonderheiten der Einmanngesellschaft ergeben sich erst nach ihrer Entstehung als juristische Person[17]. Das gleiche Bild zeigen die weiteren Sonderformen der Aktiengesellschaft, die die Rechtspraxis entwickelt hat und für die das Gesetz in den §§ 15 - 19 (AktG) die grundsätzliche Abgrenzung enthält[18]. Besonderheiten im tatsächlichen Ablauf des Entstehungsvorganges sind der nachfolgenden Darstellung vorbehalten.

---

15) Vgl. Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 15 Anm. 8 m.w.N. Diese Alternative liegt auch der Darstellung von Baumbach-Hueck Anhang 2 nach § 262 AktG (Rdn. 2) zugrunde.

16) Baumbach-Hueck Anhang 1 nach § 262 AktG (Rdn.1); Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. z.AktG § 15 Anm. 8 m.w.N.

17) Das ist im einzelnen bei Baumbach-Hueck Anhang 2-4 nach § 262 AktG (Rdn. 4 ff) und Godin-Wilhelmi § 1 Anm. 13 dargestellt. Hierauf wird an dieser Stelle, wo es allein um die Erörterung des Gründungsablaufs geht, lediglich bezug genommen.

18) Daß die in den §§ 15 - 19 AktG behandelten Erscheinungsformen der Aktiengesellschaft erst nach ihrem Entstehen als Rechtssubjekte in bestimmten Einzelaspekten speziellen Regeln unterliegen - also bezüglich des hier erörterten Entstehungsvorganges den dargestellten Vorschriften folgen - , ist bei Baumbach - Hueck § 15 AktG Anm. III 3 Rdn. 12 hervorgehoben; ähnlich Nipperdey bei Enneccerus § 103 III. Fußerl. 5, 10 f. S. 612 ff.

II. Der Ablauf des Entstehungsvorganges in bezug auf die notwendigen tatsächlichen Vorbereitungsgeschäfte bei

1. dem rechtsfähigen Verein

Die vorangegangene Darstellung des Werdeganges der juristischen Person zeigt die notwendigen rechtlichen Vorbereitungshandlungen. Sie können nur dann geschehen, wenn die tatsächlichen Mittel zu ihrer Durchführung vorhanden sind und eingesetzt werden. Um diesen Unterbau zu schaffen, bedarf es oft einer Vielzahl von Rechtsgeschäften. Bei der Entwicklung des rechtsfähigen Vereins ist der Umfang der vorbereitenden Geschäfte - im Verhältnis zur entstehenden Aktiengesellschaft - relativ gering. Entsprechend dem geplanten nicht wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb sind erhebliche Vermögensdispositionen entbehrlich. In Betracht kommen im wesentlichen nur: Ankauf von Schreibmaterial zur Herstellung der gemäß § 59 Abs. 2 BGB erforderlichen Urkunden, Ankauf von Gerichtskostenmarken, um den zur Eintragung notwendigen Gebührenvorschuß zu entrichten, evtl. Mieten eines Raumes zum Abhalten der unumgänglichen Vorbesprechungen und Aufwandsentschädigung an Vorstandsmitglieder[19].

---

19) Wegen der Gebühren vgl. §§ 8,80 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung) in der Fassung vom 26. Juli 1957 (BGBl. I S. 960).

2. Aktiengesellschaft

Grundverschieden hiervon ist die Lage bei der entstehenden Aktiengesellschaft. Da bei Eintragung in das Handelsregister bereits ein körperschaftlich gestaltetes Gebilde mit den Organen der Aktiengesellschaft und einem eingezahlten Teil ihres Grundkapitals vorhanden sein muß, bedarf es eines weiten Kreises unumgänglicher Rechtsgeschäfte vor Entstehen der Aktiengesellschaft "als solcher" (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AktG). Vom Gesetz selbst wird notwendig vorausgesetzt: die gebührenpflichtige[20] Beurkundung[21] der Satzung und der Bestellung des ersten Aufsichtsrates, ferner der Gebührenvorschuß[22] an das Amtsgericht[23] zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Darüber hinaus erfordert das vom Gesetz vorausgesetzte funktionsfähige Gebilde in tatsächlicher Hinsicht meist eines der folgenden Rechtsgeschäfte: Abschluß eines Girokontovertrages mit einer Bank, um die freie Verfügung[24] über die bei Anmeldung nötigen Einzahlungsbeträge auf die Aktien zu haben[25], Abschluß von Dienstverträgen mit den Vorstandsmitgliedern[26], Zahlung von Aufwandsentschädigungen an die Mitglieder des ersten Aufsichtsrates; Abschluß von Werkverträgen mit den Grün-

---

20) Vgl. dazu §§ 8,36 ff., 140 Satz 1 Kostenordnung.

21) Vgl. §§ 23 Abs. 1, 30 Abs. 1 Satz 2 AktG.

22) Vgl. §§ 8,79 Kostenordnung.

23) Vgl. §§ 8 HGB, 125 Abs. 1 FGG.

24) Vgl. §§ 36 Abs. 2 Nr. 1, 54 Abs. 3 Satz 1 AktG.

25) Godin-Wilhelmi, § 41 Anm. 5

26) Wacker S.3. Aus der Rechtsprechung betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung - auf die insoweit gleichgearteten Verhältnisse bei der entstehenden Aktiengesellschaft entsprechend anwendbar - vgl. RG in RGZ 58 S.55 ff. (S.55); abweichend: Österr. ObGH in Österr. ObGH in Ziv.- u.Justizverwaltungssachen Bd. VI S. 99 ff. (S. 102) - Nr. 44 -.

dungsprüfern; Bereitstellen der zum Beginn des Geschäftsbetriebes erforderlichen sachlichen Mittel durch Anschaffung von Betriebsgrundstück, Inventar und Materialvorräten[27]; Einstellung von Stammpersonal[28]. Bei Übernahme eines bereits bestehenden Unternehmens, z.B. im Fall der Sacheinlage, können sich als notwendig erweisen[29]: Abschluß neuer Arbeitsverträge mit dem zu übernehmenden Personal, Übertragungsgeschäfte bezüglich der einzelnen zu übernehmenden Wirtschaftsgüter, Umschreibung von gewerberechtlichen Erlaubnissen. Je nach den Besonderheiten des Einzelfalles kommen noch weitere Rechtsgeschäfte in Betracht, die zum tatsächlichen Aufbau des Gebildes wirtschaftlich nötig sind, das mit der Eintragung in das Handelsregister als Aktiengesellschaft funktionsfähig entstehen soll[30].

Bei den am Schluß des vorangegangenen Abschnitts gekennzeichneten besonderen Erscheinungsformen der Aktiengesellschaft können Art und Umfang der tatsächlich notwendigen Vorbereitungsgeschäfte dadurch beeinflußt sein, daß die Beteiligten, z.B. im Falle von Sacheinlagen oder Sachübernahmen, bestimmte gleichgerichtete Interessen verfolgen

---

27) Wacker S. 2. Aus der entsprechend anwendbaren (vgl.Fußnote 26) Rechtsprechung vgl.: RG in RGZ 64 S. 187 ff. (S. 188); in RGZ 39 S. 25 ff. (25 f.); in RGZ 105 S.228 ff. (228).

28) Wacker S. 4.

29) Fischer in Großkomm. z. AktG § 34 Anm. 11, 12.

30) Fischer in Großkomm. z. AktG. § 34 Anm. 12; Wacker S. 2 f. m.w.N. ähnlich Zuelch S. 3 für die Genossenschaft.

und dementsprechend auf das sonst übliche umfangreiche Vertragswerk (insbesondere Sicherungsklauseln / Wettbewerbsklauseln) verzichten[31]. Von einer näheren Betrachtung solcher Besonderheiten in diesem Entwicklungsstadium oder im Verlaufe der späteren Existenz der Aktiengesellschaft als juristische Person wird abgesehen. Denn die spezielle Problematik, die sich aus der Verwendung des Rechtsinstituts der Aktiengesellschaft im Falle der Einmanngesellschaft oder einer der in den §§ 15 - 19 AktG bezeichneten Formen ergibt, ist von dem dieser Arbeit zugrundeliegenden Problem der staatlichen Einflußnahme auf die Bildung privater rechtsfähiger Körperschaften verschieden.

B) Die Interessenlage

I. Die Bedeutung des Erwerbes der juristischen Persönlichkeit für Verein und Aktiengesellschaft

Die Bedeutung des Erwerbes der juristischen Persönlichkeit ist lange Zeit nicht gesondert von anderen

---

31) Hierbei ist an den Fall zu denken, daß einer der Gründer einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einbringt. Geschieht das im Rahmen der Gründung einer später als Einmanngesellschaft oder als Gesellschaft besonderer Erscheinungsform gemäß §§ 15 - 19 AktG zu betreibenden Aktiengesellschaft, wird im Hinblick auf die vorangegangenen Absprachen der Beteiligten eine erneute Absprache mit umfangreichem Vertragswerk in dem hier erörterten Gründungsstadium oft nicht mehr erforderlich sein.

Problemen gewürdigt worden[32]. Noch bei Schaffung des BGB wurde die Frage der Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit mit der Frage der Erlaubtheit der betreffenden Vereinigung verbunden[33]. Ein Beispiel dieser Denkart ist § 61 BGB a.F. Die durch diese Vorschrift gegebene Möglichkeit für die Polizeibehörde, mißliebigen politischen Vereinen die Rechtspersönlichkeit vorzuenthalten, zeigt die unmittelbare Verbindung beider Fragenkomplexe[34]. Der Wegfall des § 61 Abs. 2 BGB a.F. infolge Art. 124 Abs. 2 WRV hat dazu beigetragen, die beiden Probleme sichtbar gegeneinander abzuheben. Insbesondere durch diese Entwicklung ist deutlich geworden, daß die juristische Persönlichkeit nur ein technisches Mittel darstellt, mit dem der Gesetzgeber einer von ihm erlaubten Personenvereinigung die zugestandene Entfal-

---

32) Die Unterscheidung heben hervor: Coing bei Staudinger, Einl. VIII 1, 2b zu §§ 21 ff. BGB Rdn. 31 f; ferner Hedemann S. 39, Matthiaß § 28 A 1 S. 95, Windscheid-Kipp, § 60 S. 280 ff, Schnorr v. Carolsfeld § 18 S. 236 Fußnote 6, Gschnitzer § 18 A II 3c S. 101; Pisko § 102 S. 388.

33) Vgl. Mugdan Bd. I S. 599; so auch v. Canstein § 1 A S. 1 a.E., S. 2.

34) Typisch hierfür ist die Argumentation bei Leonhard, § 37 III aa S. 112; für die vergleichbare Situation des österreichischen Rechts (vgl. § 26 ABGB): Gschnitzer § 18 A III2 S.101. Ähnlich offenbar Baumbach-Hueck Einl. II1 Rdn. 6, mit der Formulierung, daß nach dem System der Normativbestimmungen die Aktiengesellschaft "rein privatrechtlich" entstehe. Zu beachten bleibt, daß eine die Vereinsfreiheit beschränkende Regelung nur dann vorliegt, wenn sie nicht generelle, sondern nur auf Vereine (und Aktiengesellschaften) abzielende Restriktionen enthält.

tung ermöglichen will[35]. Diese differenzierende Betrachtungsweise läßt die grundsätzliche Erkenntnis unberührt, daß infolge der Entwicklung des Zivilrechts vom liberalistischen Vertragsrecht zum neuzeitlichen Sozialrecht das Problem der Rechtsfähigkeit zumindest in weitem Umfang öffentlich-rechtlicher Natur ist[36]. Das bildet die Grundlage der anschließenden Erörterungen.

Der Erwerb der Rechtspersönlichkeit bedeutet für den Verein - mehr noch für die (werdende) Aktiengesellschaft - im wesentlichen folgendes: Die Anerkennung als juristische Person führt zur grundsätzlichen Gleichstellung im Rechtsverkehr mit der natürlichen Person. Hierdurch wird es dem Verein erleichtert, selbst Vermögen zu sammeln und damit

---

35) Vgl. dazu, daß Art. 124 Abs. 2 WRV sich nicht in einer programmatischen Erklärung erschöpfte, sondern § 61 Abs. 2 BGB a.F. unmittelbar außer Kraft treten ließ: Coing bei Staudinger § 61 BGB Rdn. 1. Vgl. zu Letzterem - Rechtspersönlichkeit als "technisches Mittel" -: Coing bei Staudinger, Einl. VIII 2 b zu §§ 21 ff. Rdn. 32; Menger S. 46, 54; Seiler S. 13.

36) Das Unzureichende einer die öffentlich-rechtlichen Aspekte außer acht lassenden Betrachtungsweise hebt Hirsch, Kontrolle wirtschaftlicher Macht, S. 46 - 50 hervor. Vgl. mit eingehendem Nachweis zur Entwicklung vom Statusrecht über das Vertragsrecht des 19.Jahrhunderts zum Sozialrecht des 20. Jahrhunderts: Rehbinder, Status - Kontrakt - Rolle, S. 143 - 169; speziell zum Strukturproblem der Rechtsfähigkeit als eines der zentralen Rechtsphänomene: S. 158 - 160. Wegen der Hinwendung der Verbände zu öffentlichen Aufgaben und ihre dementsprechende Entfremdung gegenüber dem Privatrecht vgl. Seiler, Einl. S. 4 Fußerl. 3. Auf die hiermit oft einhergehende Erscheinung, daß der Staat durch Beteiligung an den Verbänden sie faktisch seinem Organismus eingliedert, weist Heini (Schweizerisches Privatrecht § 53 II S. 522) hin.

eine finanzielle oder politische Machtstellung zu gewinnen[37]. Die hiermit einhergehende[38] Vereinfachung des Handelns im Rechtsverkehr zeigt sich auf dem Gebiete der Rechtsgeschäfte[39], die üblicherweise während des Vereinsdaseins vorkommen: Mieten eines Tagungsraumes, Einrichtung eines Postscheckkontos für die von den Mitgliedern zu entrichtenden Beiträge, Erwerb von Sachen und Forderungen.

Bei der Aktiengesellschaft tritt die Bedeutung des Erwerbes der Rechtspersönlichkeit noch schärfer hervor, da der Umfang der wirtschaftlich notwendigen Rechtsgeschäfte der Aktiengesellschaft im Stadium des Entstehens wesentlich ausgedehnter ist. Auch auf öffentlich-rechtlichem Ge-

---

37) Coing bei Staudinger, Einl. VIII 2 a zu §§ 21 ff. BGB Rdn. 31; so sinngemäß auch Schick in Ev. Staatslexikon zum Stichwort "Autonomie" Sp. 105, ferner Egger (Fußnote 1) Vorbem. I. 2 Rdn. 2

Wie bedeutsam die Rechtsfähigkeit für eine Personenvereinigung ist, zeigt die Entwicklung im französischen Recht gegen Ende des vorigen Jahrhunderts, als - geführt durch die Rechtsprechung des Kassationshofs - entgegen vielen Schwierigkeiten schrittweise der Erwerb der Rechtsfähigkeit für Vereine erleichtert wurde (vgl. dazu die Darstellung bei Hedemann S. 41 f.)

38) Den grundsätzlichen Umfang der Rechtsfähigkeit der juristischen Person zeigt Art. 53 ZGB.

39) Besonders deutlich wird dies im Falle des Erwerbes eines Vereinsgrundstücks. Bei dem rechtsfähigen Verein bedarf es hier nicht des Umweges über treuhänderischen Erwerb (vgl. zu Letzterem: Danckelmann bei Palandt § 54 BGB Anm. 2 mit weiteren Beispielen für die Erschwernisse im Rechtsverkehr, die den rechtsfähigen Verein nicht treffen).

biet hat der Erwerb der Rechtsfähigkeit für die Aktiengesellschaft erhebliche Bedeutung. Während die entstandene Aktiengesellschaft dem Körperschaftsteuergesetz[40] unterliegt, ist die ertragssteuerliche Behandlung der entstehenden Gesellschaft verschieden, je nachdem, welche Struktur das in der Entwicklung befindliche Gebilde aufweist[41].

Das erste Entwicklungsstadium, das den Werdegang bis zur Feststellung der Satzung umfaßt, unterliegt dem allgemeinen Einkommensteuerrecht. In Rechtsprechung und Schrifttum herrscht Einigkeit darüber, daß diese Zeit wegen des zunächst noch losen Zusammenschlusses der gründungswilligen Personen grundsätzlich den Regeln der bürgerlich-recht-

---

40) § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG.

41) BFH in BStBl 1952 Teil III S. 172; bestätigt durch BFH in StRK § 1 Körperschaftsteuergesetz Nr. 25; ferner: BFH in DB 1953 S. 524 mit näherem Hinweis auf zum Teil gegensätzliche Ansichten im Schrifttum und auf die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs. Den vorstehend angeführten Entscheidungen liegen zwar Sachverhalte zugrunde, die die werdende Gesellschaft mit beschränkter Haftung betreffen. Die dabei herausgearbeiteten Grundsätze sind indessen mangels entgegenstehender spezifisch aktienrechtlicher Gesichtspunkte auch für den Bereich der entstehenden Aktiengesellschaft anwendbar. Die Abweichung der faktischen Struktur der GmbH von dem dem Gesetz zugrundeliegenden Leitbild (vgl. dazu Limbach S. 87 - 92) und die bei der Übertragung von rechtlichen Erkenntnissen auf dem Gebiete des GmbH - und Aktienrechts zu beachtenden Rechtsgrundsätze (vgl. Michael Lehmann S. 24 f., 29 ff.) ergeben nichts Gegenteiliges.

lichen Gesellschaft zu unterstellen ist[42]. Das dementsprechend anzuwendende Einkommensteuergesetz weist erhebliche Unterschiede gegenüber dem Körperschaftssteuergesetz auf, insbesondere im Steuersatz und in bezug auf steuerliche Vergünstigungstatbestände[43]. Das zweite Entwicklungsstadium der Aktiengesellschaft, das die Zeit von der Feststellung der Satzung bis zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister umfaßt, unterliegt dagegen regelmäßig dem Körperschaftssteuergesetz, sei es nach § 1 Abs. 1 Ziff.1 oder Ziff. 5 KStG[44]. Ähnlich differenziert ist die Handhabung bezüglich der der rechtsfähigen Gesellschaft vorangehenden Gebilde auf anderen steuerlichen Gebieten, z. B. im Bereich der Kapitalverkehrsteuer, der Grunderwerbsteuer und der Vermögensteuer[45]. Auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Erlaubnisse wird der Unterschied zwischen den nicht rechtsfähigen Gebilden ebenfalls bedeutsam.Während öffentlich-rechtliche

---

42) BFH in DB 1953 S. 524 (sinngemäß); OFH in StuW 1948 Nr. 35 (Teil II Rechtsprechung - Anhang -) mit eingehendem Nachweis der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs. Wegen der Anwendbarkeit der in den vorgenannten Urteilen entwickelten Grundsätze für den Bereich der entstehenden Aktiengesellschaft vgl. hier Fußnote 41.

43) Vgl. hierzu z. B. §§ 19,6 KStG, §§ 32 a Abs. 1, 18 Abs. 4, 34 EStG.

44) OFH in StuW 1948 Nr. 35 (Teil II Rechtsprechung - Anhang -).

45) Zur Kapitalverkehrsteuer: BFH in BStBl. 1951 Teil III S. 53; in StRk § 2 Kapitalverkehrsteuergesetz R 5; OFH in StRK § 8 Kapitalverkehrsteuergesetz R 1; zur Grunderwerbsteuer: BFH in BStBl. 1957 Teil III S. 28; zur Vermögensteuer: BFH in DB 1953 S. 524 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs. Wegen der Anwendbarkeit der angeführten Rechtsprechung auf die entstehende Aktiengesellschaft vgl. hier Fußnote 41.

Erlaubnisse, wie z.B. die Gestattung des Omnibus-Linienverkehrs, der Aktiengesellschaft als solcher erteilt werden[46] und daher auch beim Wechsel der seinerzeit vorhanden gewesenen Mitglieder ohne Rücksicht auf die Frage der persönlichen Zuverlässigkeit fortbestehen[47], kommt es bei nicht rechtsfähigen Gebilden grundsätzlich auf das einzelne Mitglied an, - insbesondere bezüglich der Prüfung der Zuverlässigkeit, da nur das einzelne Mitglied selbst Erlaubnisträger ist[48]. Damit hängt von ihm die Möglichkeit ab, die erlaubnispflichtige Tätigkeit auszuüben. Eine ähnliche Differenzierung zeigt sich auf sozialversicherungsrechtlichem Gebiete[49]. Über diese Einzelerscheinungen hinaus reicht die Erfahrungstatsache, daß die Geltung im Geschäftsverkehr, ohne die kein auf wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb eingerichtetes Gebilde bestehen kann, nur der Aktiengesellschaft zukommt, nicht der für Außenstehende oft undurchsichtigen Vorgesellschaft[50].

---

46) Greif, § 3 Personenbeförderungsgesetz, Anm. 10 S. 33.

47) Greif, § 3 Personenbeförderungsgesetz, Anm. 10 S. 33.

48) Greif, § 3 Personenbeförderungsgesetz, Anm. 4 S. 31; Rautenberg-Frantzioch, § 3 Personenbeförderungsgesetz, Anm. 1 S. 51.

49) Vgl. dazu BSG in NJW 1967 S. 2031.

50) Das wird schon bei der Frage der Firmierung deutlich.

II. Die auf das Entstehen der juristischen Person notwendigerweise Einfluß nehmenden Interessen

1. Das Interesse des Staates

Ausgangspunkt für die Untersuchung, welche Interessen auf das Entstehen rechtsfähiger Vereine und Aktiengesellschaften notwendigerweise Einfluß nehmen, ist die zuvor skizzierte Bedeutung des Erwerbes der Rechtspersönlichkeit. Die wesentlichen rechtlichen Merkmale der rechtsfähigen Körperschaft berühren für sich gesehen die Interessen des Staates nicht. Die durch den Erwerb der Rechtsfähigkeit erleichterte Konzentration sozialer oder wirtschaftlicher Macht kann jedoch dem Staat gefährlich werden[51]. Das ist z.B. dann der Fall, wenn sie für den einzelnen Bürger einen solchen Zwang entstehen läßt, daß er - um der Bedrohung seiner Existenz zu entgehen - die staatlichen Gesetze nicht mehr befolgt. Anwendungsfälle werden im Rahmen der an -

---

51) Die grundsätzlichen Gefahren auf wirtschaftlichem Gebiete kennzeichnet Hirsch (Fußnote 36) S. 15, 23. Vgl. ferner Huber S. 4 a.E./5, Gschnitzer § 18 A I_2 S. 99; Menger S. 46, Fessler A II S. 2. a.E., S. 3. Gegenüber den im folgenden Verlauf der Arbeit notwendigerweise (wegen der Gründe für staatliche Reglementierung) in den Vordergrund gerückten Gefahren für den Staat darf nicht übersehen werden, daß die Machtkonzentration insbesondere auf wirtschaftlichem Gebiete für den Staat große Vorteile bringen kann. Hierbei ist an große Investitionen zu denken (Industrie, Bau besonderer Verkehrswege), die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einzelner Bürger übersteigen und die staatliche Investitionspolitik überaus stark belasteten, vgl. dazu Pisko § 100 S. 377; Baumbach- Hueck Einl. II_1 Rdn. 6, Schwarz S. 1.

schließenden Einzelerörterung dargestellt. Der Staat kann aber auch dadurch gefährdet werden, daß er nach seinen konkreten gesellschaftlichen Strukturverhältnissen zum dauerhaften Bestand als freiheitliche Demokratie eines ausgeglichenen Zusammenspiels von Interessenverbänden bedarf und dementsprechend bei Störung dieses Gleichgewichts durch Machtmißbrauch zu mächtig gewordener einzelner Verbände in seiner Existenz bedroht ist[52]. Diese das Verbandswesen allgemein betreffenden Gesichtspunkte gelten notwendigerweise auch für die Stellung des Staates zu den rechtsfähigen Körperschaften, da sie qualifizierte Erscheinungsformen von Verbänden sind. Angesichts dessen gehört der Staat in den Kreis derer, die auf das Entstehen rechtsfähiger Körperschaften - hier: rechtsfähiger Verein und Aktiengesellschaft - kraft Sachnotwendigkeit Einfluß nehmen[53]. Welchen Umfang das Interesse des Staates und

---

52) Vgl. Fraenkel S. 24, 26 f.; Naumann S. 40 f., 33 f.; Gumbel S. 68 - 70.

53) Zustimmend Menger S. 5 f. Auf die Notwendigkeit, daß der Staat durch seine Gesetze die Bürger vor der wirtschaftlichen oder sozialen Überlegenheit der Verbände schützen müsse, weist Schick in Ev. Staatslexion zum Stichwort "Autonomie" Sp. 105 hin. Die Einordnung dieses Staatsinteresses in die zugrundeliegende Rechtsentwicklung vom Kontraktrecht zum Sozialrecht ist eingehend dargestellt bei Rehbinder S. 155 - 162. Weitere Gründe für staatliche Einflußnahme auf das Entstehen der juristischen Person bleiben hier vorerst unerörtert, da es vorliegend allein um die Umstände geht, die kraft Sachnotwendigkeit ein Bedürfnis des Staates nach Einwirkungsmöglichkeit in bezug auf die Schaffung rechtsfähiger Körperschaften ergeben. Zum Gruppenzwang vgl. Hirsch (Fußnote 36) S. 27.

dementsprechend seine Einflußnahme haben, richtet sich danach, welche Funktionen des Staates durch die Frage des Entstehens rechtsfähiger privater Körperschaften berührt werden. Da dem Staat zwar nicht das Rechtsetzungsmonopol, wohl aber die grundsätzliche Entscheidung über die Ordnung der Rechtsverhältnisse in seinem Machtbereich zukommt[54], ist sein Interesse nicht auf die Wahrung der eigenen Existenz begrenzt. Dem Staat obliegt es wegen seiner Ordnungsfunktion auch, für den Schutz der Interessen der übrigen Rechtssubjekte zu sorgen, die durch das Entstehen rechtsfähiger privater Körperschaften berührt werden können[55]. In welcher Weise er diesen weitgespannten Interessen genügt - durch Verbote, Gebote oder Beteiligung an den rechtsfähigen Körperschaften[56] - , hängt von seiner Struktur und der jeweiligen Interessensituation ab, auf Grund deren er seine Entscheidung zu treffen hat. Dies wird im Folgenden zusammen mit der Inhaltsbestimmung des - nach alledem an erster

---

54) Daß dem Staat die grundsätzliche Ordnungsgewalt zukommt, steht außerhalb des Theorienstreits (vgl. im Hinblick auf den prinzipiellen Streit um die Fiktionstheorie: Gierke, S. 18 f m.w.N.; wegen der Geltungskraft weiterer Rechtsquellen neben dem staatlichen Gesetzesrecht vgl. Brändl bei Staudinger (Bd. I) Einl. VI B Rdn. 38-46; Egger in Zürcher Kommentar Art. 1 ZGB Anm. I 4 Rdn. 5.

55) Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, daß die Rechtsordnung eine Schutzordnung menschlicher Interessen darstellt (vgl. Siegwart in Zürcher Kommentar Einl. zum 26. Titel - Artt. 620 ff. - OR Bem. VI A Rdn. 215) und daher der Staat die mannigfachen Interessen , die sich auf das Entstehen einer rechtsfähigen privaten Körperschaft beziehen (wegen der Interessensituation bei der Aktiengesellschaft vgl. Siegwart a.a.O.), mit zu berücksichtigen hat.

56) Den letzteren Weg hat der Staat vielfach in Österreich gewählt (vgl. Kastner Einl. S. 2).

Stelle stehenden[57] - Staatsinteresses näher auszuführen sein.

---

57) Siegwart (Fußnote 55; ferner a.a.O. Bem. VI B - F, Rdn. 220 ff., insbesondere 220 - 224, 235 f., 279 f.) sieht das Verhältnis der Interessen - dargestellt am Beispiel der Aktiengesellschaft - (Staat, übrige Beteiligte) prinzipiell anders. Für Siegwart steht das Gewinnstreben der Gründer an erster Stelle, die weiteren durch das Entstehen einer Aktiengesellschaft berührten Interessen sind sekundären Ranges. Grundlage für diese Wertung ist der Gedanke, daß - im wirtschaftlichen Ergebnis betrachtet - die übrigen Interessenträger aus der Existenz der prosperierenden Gesellschaft Nutzen ziehen. Dementsprechend geht Siegwart vom grundsätzlichen Schutz des Gewinnstrebens der Gründer aus und will die Interessen der übrigen Rechtssubjekte, die von der Existenz der Aktiengesellschaft betroffen sein können, nur im Wege eines - die Gründer möglichst wenig einengenden - Interessenausgleichs berücksichtigt wissen. Hinsichtlich der übrigen Interessenträger unterscheidet Siegwart zwei Bereiche mit folgender Rangordnung der Interessen: Im inneren, d.h. den Gesellschafterbestand betreffenden Bereich erscheinen als schutzwürdig: das Interesse der anderen Aktionäre gegenüber den Gründungsaktionären, das Interesse der Kleinaktionäre gegenüber den Großaktionären, das Interesse der Daueraktionäre gegenüber den Spekulationsaktionären. Im äußeren, d.h. den allgemeinen Rechtsverkehr betreffenden Bereich soll folgende Abstufung gelten: Schutz der Gläubiger im allgemeinen, dabei besondere Berücksichtigung der Obligationäre und der Arbeitnehmer der Gesellschaft, schließlich: Schutz des Gemeinwohls (begrenzt auf Abwehr von Überfremdung durch ausländisches Kapital, da die Interessen des Staates im übrigen durch die -steuerliche etc. - Teilhabe am Profil der Gesellschaft hinreichend gefördert seien).

Dieser Sicht der Interessenlage ist m.E. nicht zu folgen. Die Einzelunterscheidungen erscheinen zwar zutreffend und sind daher mit Grundlage der diesbezüglichen Erörterungen der Arbeit. Siegwart läßt jedoch die oben im Text dargestellten Gefahren der faktischen Beherrschung des Staates durch wirtschaftlich mächtige Gebilde sowie die grundsätzliche Ordnungsgewalt des Staates außer acht, denen sich die Untersuchung in dieser Arbeit wesentlich zuwenden soll.

Für den Staat steht an erster Stelle notwendigerweise das Interesse daran, die Integrität seiner Willensbildung und Willensverwirklichung zu wahren[58].

Wie bereits eingangs bei der Frage nach den Interessenträgern erwähnt, kann die Machtposition von Vereinigungen - insbesondere in der gefestigten Form der juristischen Person - für den Staat Gefahren mit sich bringen. Sie sind in einer Vielzahl von Lebensbereichen denkbar. Die Vereinigung von Personen zu politischen Zwecken in Parteien schafft politische Macht, die Zusammenfassung vieler kleiner Kapitalien zum Kapital einer Aktiengesellschaft oder der Zusammenschluß einer Reihe von Unternehmen in einem Kartell bedeutet wirtschaftliche Macht, die Organisierung von Arbeitnehmern in Gewerkschaften führt zu sozialer, politischer und wirtschaftlicher Macht[59]. Ungeachtet der Verschiedenheit der betroffenen Lebensbereiche ist diesen Zusammenschlüssen gemeinsam, daß sie die Willensbildung und Willens-

---

58) Die Vorrangigkeit der staatlichen Existenzwahrung betont Leonhard, § 37 III aa S. 112

59) Zu dieser schlagwortartigen Kennzeichnung der betroffenen Lebensbereiche vgl. Coing bei Staudinger Einl. VIII 2 a zu §§ 21 ff. BGB (Rdn. 31).

Wegen des Schutzes von Partikularinteressen gegenüber der "Geldmacht der Aktiengesellschaften" vgl. Keyßner S. 43 unter Hinweis auf die Beratungen des den allgemeinen Konzessionszwang für Aktiengesellschaften abschaffenden Gesetzes des Norddeutschen Bundes v. 11. Juni 1870. Vgl. speziell zum Machtmißbrauch auf wirtschaftlichem Gebiet: Hirsch: (Fußnote 36) S. 15 ff., 23.

verwirklichung des Staates beeinträchtigen können[60].

Die willensbildenden Organe des Staates, insbesondere das Parlament, können in ihrem von der Staatsverfassung festgelegten Auftrag in verschiedener Weise behindert werden. In Betracht kommt z.B. psychischer Zwang gegen die Amtsträger durch Aufruhr, Streik, Boykott oder Preisdiktatur[61]. Weiter ist an das Phänomen der sogenannten Lobby[62] zu denken, die z.B. Parlamentsmitglieder dazu bewegen will, mit Rücksicht auf persönliche Vorteile, die ihnen aus der politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Macht der interessierten Personenvereinigungen erwachsen sollen, ihr Mandat abweichend von der Staatsverfassung zu-

---

60) Vgl. etwa die Erwägungen von Egger (Fußnote 1) z. schweizerischen Zivilrecht, Vorbem. I 2 z. 2. Titel (Rdn. 3); allgemein: Huber S. 5. Ohne eine wertende Stellungnahme hebt Rehbinder - S. 156 a.E./S. 157 m. w. N.- hervor, daß die zunehmend mächtigen Verbände als Gegenspieler der Staatsgewalt nicht nur auf die staatliche Gesetzgebung entscheidenden Einfluß nehmen, sondern auch - was ihre interne Verbandsordnung (und damit das Verhältnis zum einzelnen Mitglied) anbelangt- den Eindruck rechtlicher Autarkie erwecken.

61) Diese Möglichkeit der Gefährdung des Staates wurde schon früh erkannt. Das zeigen die Beratungen zum BGB, ebenso die grundsätzlichen Erörterungen, die dem schweizerischen ZGB und dem österreichischen ABGB vorangegangen sind. Vgl. zu alledem: Mugdan, Bd. I, S. 599 (Stellungnahme des Kommissars des preußischen Ministers des Innern); Leonhard § 37 III aa S. 112, Egger (Fußnote 60); Huber S. 5.

62) Zum Begriff und Wesen der "Lobby" vgl. Hirsch (Fußnote 36) S. 49 f; Herzog in Ev. Staatslexikon zum Stichwort "Pluralismus" (Abschnitt IV, Staatswillensbildung und Pluralismus, A. Einflußnahme der Gruppen auf die Staatsorgane) Sp. 1544; Varain ebendort zum Stichwort "Verbände", Sp. 2322 ff. (Sp. 2323 f.)

Fortsetzung der Fußnote s. S. 24 -

gunsten dieser Verbände auszuüben[63].

Personenvereinigungen, insbesondere in der gefestigten Form der juristischen Person, können - wie bereits oben erwähnt - dem Staat auch dadurch gefährlich werden, daß sie den einzelnen Bürger durch wirtschaftlichen, sozialen oder sonstigen Zwang davon abhalten, die staatlichen Gesetze zu befolgen. Hier geht es um die Möglichkeit der Einflußnahme auf die Willensverwirklichung des Staates. Dabei sind zwei

---

Fortsetzung der Fußnote 62 von S. 23

Mit Recht weist Varain a.a.O. darauf hin, daß die Lobby sich stets an den tatsächlichen Machtverhältnissen orientiere und daher in vielen Staaten weniger das Parlament, als vielmehr die Regierungsmitglieder und die Spitzen der Ministerialbürokratie unmittelbar zu beeinflussen suche. Dagegen erscheint mir sehr zweifelhaft, daß - wie Varain a.a.O. ausführt - ein fachliches Informationsbedürfnis auf Seiten von Parlamentsmitgliedern zu einem Teil ihre Hinwendung zur Lobby erkläre; m.E. dürften allein die oben im Text angegebenen Motive maßgebend sein. Eine besondere Situation kann bei Abgeordneten mit Direktmandat bestehen. Sie fühlen sich unmittelbar vom Wählerwillen getragen und sind im Hinblick hierauf der Ansicht, sie müßten die Interessen ihrer Wähler mit allen lokalen Besonderheiten vorrangig gegenüber den Interessen des ganzen Volkes vertreten. Hiermit stimmt überein, daß Friauf in Ev. Staatslexikon zum Stichwort "Vereinigte Staaten" (Titel 3 "Die gesetzgebende Gewalt") Sp. 2333 unter Hinweis auf die Institutionalisierung der Lobby in den USA ausführt, die Abgeordneten betrachteten sich vielfach als die Vertreter lokaler Interessen.

63) Zum Beispiel Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG ("Vertreter des ganzen Volkes... und nur ihrem Gewissen unterworfen"). Vgl. sinngemäß zustimmend dazu, daß diese Bestimmung die Hinwendung des Abgeordneten zur Lobby verbietet: Maunz-Dürig Art. 38 GG. Rdn. 17, 21; v. Mangoldt-Klein, Bd. II Art. 38 GG Anm; IV 3; Huber S. 5.

Wege dankbar. Der eine Weg geht parallel zur oben erörterten Beeinträchtigung der willensbildenden Staatsorgane dahin, insbesondere durch wirtschaftliche Kampfmaßnahmen[64] bestimmte Personen zu zwingen, die staatlichen Gesetze nicht zu beachten und stattdessen die Weisungen der Vereinigung zu befolgen. Anwendungsfälle können sich im Verhältnis wirtschaftlich mächtiger Verbände zu sogenannten Außenseitern ergeben. Zum Beispiel ist es möglich, daß eine den Arbeitsmarkt beherrschende Gewerkschaft die Neuaufnahme von Mitgliedern - im tatsächlichen Ergebnis den Zugang zu einem bestimmten Beruf - von der Befolgung besonderer gewerkschaftlicher Weisungen abhängig macht, die staatlichem Recht zur Ordnung des Arbeitsmarktes zuwiderlaufen[65]. Eine vergleichbare Situation ergibt sich des öfteren bei marktbeherrschenden Unternehmervereinigungen, die durch wirtschaftlichen Druck Außenseiter zu verbandskonformen - dem Marktordnungs-

---

64) Die Gefahr dieses Zwanges hebt Coing bei Staudinger, Vorbem. III 2,3 vor § 21 BGB, Rdn. 5 h, i hervor und stellt unter Hinweis auf Kohler, Bürg.R.Bd. I, S.366, klar, daß nur unabhängige Gerichte den Einzelnen insoweit schützen können. Vgl. ferner die Charakterisierung des möglichen Zwanges, den Verbände auf einzelne Bürger ausüben können, bei Huber S. 5,8 f.

65) Fälle dieser Art kommen in den USA vor. Durch die sogenannte "closed shop"-Klausel werden Unternehmer gezwungen, nur Gewerkschaftsmitglieder zu beschäftigen und Lohnarbeiten nur an solche Subunternehmer zu vergeben, die ihrerseits nur Gewerkschaftsmitglieder beschäftigen. Hat die Gewerkschaft alle Unternehmer eines bestimmten Wirtschaftszweiges zum Abschluß solcher Tarifverträge gezwungen, so bedeutet dies im tatsächlichen Ergebnis für den Berufsbewerber den Zwang, Gewerkschaftsmitglied zu werden. Vgl. hierzu und zu der berufssperrend wirkenden "closed shop closed union" Klausel im einzelnen: Boening S. 34, 33, 44 f.; Barbash S. 84 f.

Wegen Verstößen gegen den im Jahre 1947 in den USA erlassenen Taft-Hartley-Act, der die dort näher bezeichneten gewerkschaftlichen Maßnahmen als "unfair labor practice" erklärt hat, vgl. Boening S. 44 f., Barbash S. 84 f.

recht widersprechendem - Verhalten zu bewegen suchen[66].

Der andere Weg, den der Personenverband neben dem ersten Weg beschreiten kann, ist nur bei Mitgliedern möglich. Er hat seinen Grund in der Struktur der Körperschaft als einer Sonderrechtsordnung[67]. Sie bedeutet, daß das Mitglied durch

66) Vgl. hierzu die Erwägungen des BGH in BGHZ 33 S. 259 ff. (263); wegen der tatsächlichen Machtstellung bestimmter Verbände vgl. BGH in BGHZ 37 S. 160 ff.; BGH in BGHZ 29 S. 344 ff. Typisch für den psychischen Zwang mächtiger Vereinigungen ist der in BGHZ 34 S. 392 ff entschiedene Fall (Zwang gegen den Tarifpartner zu rechtswidriger Entlassung eines Angestellten).

67) Der Begriff der Sonderrechtsordnung ist hier nicht in dem Sinne gebraucht, wie er sich aus den Ausführungen von Nipperdey bei Enneccerus, § 1 II 2 S. 2 ff, § 48 II S. 298 und Lange § 8 IV 1 S. 54, § 1 III 3 S. 5 entnehmen lassen könnte. Die vorgenannten Autoren meinen mit "Sonderrecht" - ius proprium - , das als "besonderes" Recht "nur für einen engeren Kreis von Personen, Sachen oder Verhältnissen" gilt, spezielles staatliches Recht. Das geht aus dem Hinweis dieser Autoren auf das Handelsgesetzbuch, das Wec hselgesetz und andere Spezialgesetze hervor.

In vorliegender Arbeit ist unter Sonderrechtsordnung rechtlich das zu verstehen, was Brändl bei Staudinger, Bd. I,Einleitung VI B 1 d, Rdn. 41 vor § 1 BGB als "autonome Satzung" bezeichnet, Huber S. 8 mit Rechtsetzung der Verbände meint; und Rehbinder S. 157 oben - mit "rechtlicher Autarkie" umschreibt; (vgl. auch Mugdan Bd. I S. 599 a.E. (Hinweis auf die Vereinsstatuten als besondere Rechtsordnung) Bondi bei Staub Allg. Einleitung I Anm. 37 S. 13, Fessler Bd II S. 10, Tuor/Schnyder § 16 I S. 111. Außerhalb der in vorliegender Arbeit zu erörternden Problematik liegend und daher dahingestellt bleiben mag die Streitfrage, ob die rechtliche Grundlage für die autonome Satzung in dem allgemeinen zivilrechtlichen Prinzip der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) zu erblicken ist (so mit schwerwiegenden Argumenten Coing bei Staudinger, § 25 BGB, Anm. 5 c Rdn. 8, oder ob sie einen außerhalb der allgemeinen zivilrechtlichen Regeln liegenden Gesamtakt darstellt (vgl. dazu die Zusammenstellung der Ansichten bei Coing a.a.O. Anm. 5 b Rdn. 7). Wegen der zugrundeliegenden Fortentwicklung des Rechts vgl. Rehbinder S. 143 - 169.

seine rechtsgeschäftliche Gebundenheit an die Vereinigung den in der Satzung festgelegten, gegenüber den allgemeinen Gesetzen besonderen Verhaltungspflichten unterworfen ist. Diese Pflichten können je nach dem Inhalt der Satzung das Mitglied zu einem Konflikt mit den staatlichen Gesetzen führen, z.B. mit den Straftatbeständen der §§ 90 a, 90 b, 128, 129 StGB[68]. Anwendungsfälle lassen sich in erheblicher Zahl aus den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in politischen Strafsachen entnehmen. Als typisch sind hervorzuheben: Mitgliedschaft in verbotenen extremistischen Parteien und deren Nebenorganisationen[70]. Regelmäßig führen Fälle dieser Art zu weiteren Straftaten, meist politischer Natur[71]. Ein Zwang zu gesetzwidrigem Verhalten kann sich für ein Mitglied auf Grund der Sonderrechtsordnung ferner dann ergeben, wenn das Mitglied als Organwalter, z.B. einer Gewerkschaft, die Verbandsinteressen entgegen den staatlichen Gesetzen zu fördern hat. Dabei ist an die in den USA verbreitet gewesene Übung zu denken, durch Anwendung des sogenannten "closed shop" in Verbindung mit der "closed union" 69

---

68) Kennzeichnend für den psychischen Zwang, den gesetzwidrige Vereinigungen auf das Verhalten ihrer Mitglieder ausüben, ist die Abnahme des Versprechens, unbedingt - erforderlichenfalls unter Verletzung staatlichen Rechts- die Weisungen der Organwalter zu befolgen. Vgl. dazu im einzelnen: Schönke-Schröder, § 128 StGB Anm. 6,3.

69) Vgl. z.B. BGH in GA 1960 S. 197, BGH bei Wagner in DRiZ 1959 S. 174.

70) Vgl. z.B. BGH in LM (Serie ab 1966) zu § 128 StGB Nr. 8; in LM (alte Serie) zu § 128 StGB Nr. 1; BGH in BGHSt 9 S. 101 ff.; BGH in BGHSt 9 S. 285 ff.; BGH in GA 1960 S. 198; OLG Celle in GA 1960 S. 197.

71) Vgl. z.B. die zuvor in Fußnote 70 zitierten Entscheidungen.

entgegen dem Verfassungsgrundsatz der freien Entfaltung der Persönlichkeit - insbesondere auf dem Gebiete der Berufswahl - anderen Personen den Zugang zum erstrebten Beruf zu verwehren[72]. Als Beispielsfall kann ferner gelten, daß ein Spediteurverband - durch seine Organwalter - versucht, seine Mitglieder unter Verletzung kartellrechtlicher Bestimmungen zu einem bestimmten Marktverhalten zu bewegen[73].

In welchem Maße der Staat die Möglichkeit dieser Gefahren zum Anlaß nimmt, auf das Entstehen von Personenvereinigungen - insbesondere in der gefestigten Form der juristischen Person - Einfluß auszuüben, hängt von seiner konkreten Struktur ab[74].

Ein Staat, der nach seiner Struktur - Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit - das Leben der Bürger in möglichst weitem Umfang "reglementieren" will, wird ein be-

---

72) Vgl. oben Fußnote 65, insbesondere Barbash a.a.O.

73) Vgl. zu dieser Möglichkeit BGH in BGHZ 21 S. 370 ff. (373). Kennzeichnend für den psychischen, mit wirtschaftlichen Sanktionen verbundenen Zwang, den Vereinigungen auf ihre Mitglieder ausüben können, sind z.B. die Fälle des Verbotes von Warenlieferungen an Nichtmitglieder (vgl. dazu BGH in BGHZ 29 S. 344 ff. - 345 f.); ferner die Einrichtung von Vereinsgerichten (vgl. dazu BGH in BGHZ 29 S. 352 ff. BGH in BGHZ 21 S. 370 ff.). Wegen weiterer Beispiele ähnlicher Art vgl. Fessler B II 6 S. 25, sowie Österr. Verf. GH in Slg. Nr. 3751/1960 (Verband sucht seine Mitglieder zu bewegen, gesetzeswidrig nur als "Steuerberater" zu firmieren).

74) Zweifelnd in bezug auf eine Differenzierungsmöglichkeit überhaupt - "sowohl der Polizeistaat als auch der liberale Staat sind von Mißtrauen gegenüber den Körperschaften erfüllt" - : Egger (Fußnote 1) Bd. I, Vorbem. II 1 Rdn. 4; Seiler S. 9; Menger S. 32 f., 37 f., 41 unter Darstellung der Rechtsentwicklung des Mittelalters auf diesem Gebiet; dagegen sinngemäß zustimmend, daß eine liberale Staatsauffassung - im Gegensatz zum

Fortsetzung der Fußnote 74) s. S. 29

sonders intensives Interesse daran haben, juristische Personen in jedem einzelnen Fall nur nach umfassender Prüfung und durch seine Mitwirkung entstehen zu lassen. Solche als Polizeistaat[75] zu bezeichnenden Gemeinwesen sind ent-

---

Fortsetzung der Fußnote 74) von S. 28

Polizeistaat - mit möglichst geringer Einflußnahme des Staates auf das Entstehen juristischer Personen einhergeht: Beitzke in ZHR 108 S. 33; dgl. Hedemann S. 48 a.E., S. 49, indem er den Unterschied zwischen den "ängstlichen, mißtrauischen Normativbestimmungen" in Deutschland und der Leichtigkeit der Körperschaftsbildung in der Schweiz hervorhebt. Wie hier auch Varain in Ev. Staatslexikon (oben Fußnote 55) Sp. 2324, indem er für die Frage der Stellung der Verbände auf die "konkrete Verfassungsordnung" abstellt. Ähnlich Gutswiller in Schweizerisches Privatrecht (§ 52) S.470 mit dem Hinweis, daß das Konzessionssystem dem liberalen Rechtsgedanken widerspreche.

75) Dieser Versuch, das Wesen des Polizeistaates zu umgrenzen, stimmt überein mit der Darstellung des Polizeistaates bei Jellinek S. 243; Küchenhoff S. 178 a.E., 179; Löwenstein S. 55, Egger (Fußnote 1). Der oben im Text verwendete Begriff des Reglementierens ist in dem Sinne zu verstehen, daß der Staat als Verwaltung die allgemeine Wohlfahrt durch Ausschaltung jeglicher Privatinitiative fördern will, indem er das Geschehen auf möglichst vielen Lebensbereichen weitestgehend durch die Polizei als sein Hauptorgan gestaltet (vgl. Jellinek S. 243 unter Hinweis auf die dem polizei-staatlichen Wesen zugrundeliegende Philosophie Christian Wolffs; ferner Egger a.a.O.).

Als Gegensatz zum Polizeistaat wird in der vorliegenden Arbeit nicht - wie bei Krüger (Allg. Staatslehre § 34 II 2 S. 777) - der Begriff" Rechtsstaat" verwendet, sondern der Begriff des liberalen Staates. Sein Wesen besteht darin, durch die Staatsmacht - insbesondere die Verwaltung - nur soweit in die grundsätzlich "freie Entfaltung der Persönlichkeit" des Einzelnen (wegen der Formulierung vgl. Art. 2 Abs. 1 GG, der jedoch wegen seines sachlichen und systematischen Zusammenhanges mit Art. 20 GG nicht als Grundlage für die Übung eines Liberalismus im klassischen Sinn gelten kann; vgl. zustimmend hierzu Maunz-Dürig, Art. 2 GG Anm. 25) einzugreifen, als dies zur Abwehr unmittelbar drohender Ge-

Fortsetzung der Fußnote 75) siehe S. 30

sprechend ihrer dargestellten grundsätzlich abwehrenden Einstellung gegenüber juristischen Personen außerdem daran interessiert, auf die Ausgestaltung der juristischen Person im einzelnen einzuwirken und besondere Kontrollrechte des Staates[76], Beschränkung der Kapitalstärke und ähnlich einengende Vorschriften zu schaffen.

Inhaltlich hiermit verwandt, aber nach ihrer tatsächlichen Verbreitung nicht lediglich Polizeistaaten zuzuordnen, ist das wiederholt anzutreffende Bestreben des Staates, nur sogenannte "nützliche" juristische Personen[77] auf wirtschaftlichem Gebiete[78] - insbesondere Aktiengesellschaften - zuzulassen. Für die Intensität dieses Staatsinteresses ist Gradmesser, ob der Staat - als Legislative und Exekutive - die Beurteilungsmacht der unabhängigen dritten (richter-

---

Fortsetzung der Fußnote 75) von S. 29

fahren für die Staatsexistenz erforderlich ist (diese Abgrenzung liegt bei Gschnitzer § 18 AI 3 S. 99 zugrunde). Hiervon unterscheidet sich wesentlich der Sozialstaat, auf den sich die Rechtsentwicklung seit Ende des vorigen Jahrhunderts zubewegt. Das Wesen des Sozialstaats besteht darin, staatliche Eingriffe grundsätzlich nur zu dem Zweck vorzunehmen, die Chancengleichheit der einzelnen Bürger vor den bei Geltung ungehemmten Liberalismus eintretenden Verzerrungen zu bewahren. Vgl. zu dem materiellen Gehalt des sozialstaatlichen Wesens und der zugrundeliegenden Rechtsentwicklung vom liberalistischen Kontraktsrecht zum neuzeitlichen Sozialrecht: Rehbinder S. 156 ff. mit eingehenden Nachweisen.

76) Vgl. zust. dazu, daß dauernde Überwachung einer Aktiengesellschaft durch Staatskommissare je nach der Art und Weise der Durchführung polizeistaatliche Rechtspraxis bedeuten kann: Hirsch, Türkisches Aktienrecht, S. 11 a.E. - 13; ähnlich Egger (Fußnote 1).

77) Vgl. Egger (Fußnote 1); ferner Beitzke in ZHR 108 S. 39 f. 48, 59 (Übersicht).

78) Vgl. Beitzke in ZHR 108 S. 48 unter Hinweis auf Artt.147, 164 des rumänischen HGB; dazu auch Hallstein S. 64; ferner Schrag S. 149 mit Hinweis auf das französische Recht.

lichen Gewalt anvertraut[79] oder ob er sie in polizeistaatlichem Mißtrauen gegen alle nicht unmittelbar von ihm zu beeinflussenden Institutionen der Exekutive vorbehält[80].

Im Gegensatz hierzu ist das Interesse des liberalen Staates an der Einflußnahme auf das Entstehen juristischer Personen darauf beschränkt, konkret feststellbare Mißbräuche zu verhindern[81]. Das kommt zwar nicht stets in der Fassung der einschlägigen Gesetze, wohl aber in ihrer Handhabung zum Ausdruck. Auch in den Gesetzen typisch liberaler Staaten finden sich z.B. Vorschriften, nach denen Vereinigungen, die den Gesetzen oder den guten Sitten zuwiderlaufen, von dem Erwerb der Rechtspersönlichkeit ausgeschlossen sind[82].

---

79) So nach rumänischem Recht (vorkommunistisch), vgl. dazu Beitzke in ZHR 108 S. 59. Zustimmend dazu, daß ein Nützlichkeitsdenken dieser Art grundsätzlich polizeistaatlich ist: Jellinek S. 243 und Küchenhoff S. 178 a.E., 179. Letzterer unterscheidet wie hier zwischen verschiedenen Ausgestaltungen: Beurteilung der Nützlichkeit durch unabhängige Gerichte, Beurteilung der Nützlichkeit durch weisungsgebundene Verwaltung.

80) Typisch hierfür ist die Stellungnahme des Kommissars des preußischen Ministers des Innern in den Beratungen über das Vereinsrecht des BGB; vgl. Mugdan, Bd. I, S. 599. Demgegenüber entspricht es liberaler Grundhaltung, bei Vorliegen der im Gesetz abschließend genannten Erfordernisse mit Eintrag in das Handelsregister allen Handelsgesellschaften die Rechtspersönlichkeit zu geben und sich durchweg nur auf Mißbrauchsaufsicht zu beschränken (vgl. Hirsch, Türkisches Aktienrecht, S. 15 ff.).

81) Kennzeichnendes Beispiel hierfür ist das ZGB in Artt. 52 ff. (in diese Richtung gehen die Ausführungen Eggers - Fußnote 1 - Art. 52 ZGB Anm. IV 1 - Rdn. 16 -).

82) Vgl. z.B. Art. 52 Abs. 3 ZGB.

Normen dieser Fassung, die in gleicher Weise in den Rechten absolutistischer Polizeistaaten[83] anzutreffen sind, bedeuten aber im liberalen Staat etwas anderes als im Polizeistaat[84]. Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß im liberalen Staat diese den Erwerb der Rechtsfähigkeit ausschließenden Gesetzestatbestände als auf Mißbräuche begrenzte Ausnahmevorschriften gehandhabt werden, die dementsprechend nicht erweiternd ausgelegt werden dürfen, und daß ihre Anwendung in jedem Fall von unabhängigen Gerichten abschließend überwacht wird[85]. Genau umgekehrt verhält es sich im Polizeistaat.

---

83) Ehrenzweig, System, Bd. I 1. Hälfte, § 83 I S. 209, Text und dort Fußerl. 3, nennt hierfür Österreich (Rechtszustand im 19. Jahrhundert) als Beispiel.

84) Das wird z.B. durch einen Vergleich der in bezug auf die Fassung nicht wesentlich voneinander verschiedenen Vorschriften des § 26 Satz 3 ABGB u. Art, 52 Abs. 3 ZGB bestätigt, deren Anwendung entsprechend der jeweiligen Staatsstruktur zu verschiedenen Ergebnissen führte (für Österreich im 19.Jahrhundert und am Anfang dieses Jahrhunderts vgl. Ehrenzweig (Fußnote 78); für die Schweiz vgl. z.B. Egger - Fußnote 1 - Art. 52 ZGB Anm. II_2 Rdn. 8 ff; Coing bei Staudinger, Vorbem. IX_1 zu § 21 BGB Rdn. 28.

85) Ein Beispiel dieser Art bietet das ZGB in Art. 52 Abs. 3. Die dort enthaltene Einschränkung, nach der Personenverbindungen und Anstalten mit unsittlicher oder widerrechtlicher Zwecksetzung die Rechtspersönlichkeit nicht erlangen können, ist einschränkend dahin aufzufassen, daß allein Bestimmungen nicht polizeilicher Art gemeint sind und in jedem Fall gerichtliche Überprüfung gewährleistet ist (so ausdrücklich Egger (Fußnote 84) Rdn. 8, sinngemäß auch Schrag S. 146 f.).

Zwischen den beiden dargestellten diametral entgegengesetzten Ausgangspunkten - auf der einen Seite der Polizeistaat, auf der anderen Seite der liberale Staat - bestehen mannigfache Abstufungen. Sie sind, je nach ihrer überwiegenden Hinwendung zum einen oder anderen Ausgangspunkt, durch eine mehr oder weniger intensive Einflußnahme des Staates auf das Entstehen von Vereinigungen, insbesondere in der gefestigten Form der juristischen Person, gekennzeichnet. Der polizeistaatliche Standpunkt und der liberale Standpunkt bedeuten also nicht Dualismen[86], sondern sind die Grenzen einer vielfach abgestuften Skala möglicher Stellungen des Staates zu entstehenden Vereinigungen[87]. Zu beachten bleibt, daß die Einordnung in dieses Band sich allein auf das Verhältnis des Staates zu den in seinem Herrschaftsbereich vorkommenden Personen -

---

86) Zum Begriff des Dualismus als die Bezeichnung sich ausschließender und daher keiner Schattierungen fähiger Gegensätze vgl. Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 1 m.w.N.

87) Von dem Bestehen einer solchen Abstufung geht z.B. Hedemann S. 44 aus. Grundlage ist hierbei die Erkenntnis, daß im Lauf der Geschichte keines der gegensätzlichen Leitbilder - bis zur letzten Konsequenz durchgeführter Liberalismus, bis zur letzten Konsequenz geübte Zwangsregulierung aller Machtverhältnisse durch den Staat - verwirklicht wurde, sondern die tatsächlich aufgetretenen Lösungen sich stets zwischen den beiden Polen mit Hinwendung zu dieser oder jener Seite bewegten (vgl. Hirsch - Fußnote 36 - S. 4). Vgl. weiter die Darstellung der Entwicklung vom Statusrecht zum Kontraktsrecht mit den gegensätzlichen Grenzpunkten "Privilegienwesen" und "Rechtsgleichheit/Privatautonomie" bei Rehbinder „S. 151 f.,; das Bild der Skala wird in ähnlichem Zusammenhang von Heini in Schweizerisches Privatrecht § 53 II S. 521 Fußerl. 21 verwendet.

vereinigungen bezieht und daher nicht darüber entscheidet, ob das Recht eines Staates in seiner Gesamtheit liberal oder polizeistaatlich[88] ist. Dementsprechend liegen die mit letzterer Eingruppierung verbundenen Werturteile außerhalb der hier durchgeführten Untersuchung.

2. Das Interesse der Gründer

Unmittelbar beteiligt und dementsprechend interessiert an der Entstehung der rechtsfähigen Körperschaft sind die Personen, die den rechtsfähigen Verein oder die Aktiengesellschaft gründen oder sonst Mitglieder sein wollen. Für sie geht es um die bereits an anderer Stelle umschriebenen Vorteile[89] der Mitgliedschaft. Die Gründer sind dementsprechend notwendigerweise allein daran interessiert, daß die erstrebte juristische Persönlichkeit möglichst schnell und ohne Aufwand entsteht[90].

3. Das Interesse der Gesamtheit der übrigen Teilnehmer am Rechtsverkehr

Das Interesse der übrigen Teilnehmer am Rechtsverkehr hat in erster Linie zum Inhalt, daß die entstehende

---

88) Daher kann die Streitfrage unentschieden bleiben, ob Preußen als Polizeistaat zu bezeichnen ist (vgl. dazu Krüger § 34 II S. 777 Text und Anm. 67 - Hinweis auf Gneist S. 293, der ebenfalls Preußen nicht als einen Polizeistaat ansieht).

89) Vgl. speziell zu dem gekennzeichneten Gründerinteresse Baumbach-Hueck Einl. II$_1$ Rdn. 6 (S. 2) i.V.m. Text mit Fußnoten 37 ff.

90) Vgl. Siegwart (Fußnote 55, insbesondere Rdn. 22c) Dem entspricht weitestgehend das ZGB; vgl. dazu Egger (Fußnote 1) Art. 52 ZGB Anm. IV 2 Rdn. 17 S. 358.

juristische Person für den Rechtsverkehr zu keiner Gefahr werde - sei es durch Fehlen der erforderlichen Haftungsunterlage, sei es durch gesetzwidriges Geschäftsgebahren[91].

Dieses Interesse ist mit dem dargestellten Interesse des Staates daran, daß die juristische Person nicht den Gesetzen entgegenwirke, verzahnt. In Staaten, deren Verfassung eine Garantie der Integrität des freien Rechtsverkehrs enthält[92], berührt sich das eingangs bezeichnete

---

91) Vgl. zum Bestehen dieses Interesses: Wiedemann S. 85 a.E., S. 86; Mugdan, Bd. I. S. 601/602; Schrag S. 143/144, ähnlich Schick in Ev. Staatslexikon zum Stichwort "Autonomie" Sp. 105. Weitere Aspekte siehe bei Huber S. 9, Windscheid-Kipp § 60 S. 283; Pisko § 100 S. 377, Baumbach-Hueck Einl. II_1 Rdn. 7, Gschnitzer § 18 A I_2 S. 99, Wildi S. 1, Gutswiller in Schweizer. Privatrecht (§ 52) S. 471; Siegwart (Fußnote 55).

Ein besonderes instruktives Beispiel ist der sog. Gründungsschwindel, der bei der Gründung von Aktiengesellschaften nach dem Krieg 1870/71 in Deutschland aufkam und im sogenannten Börsenkrach des Jahres 1873 seinen Höhepunkt fand. Vgl. hierzu: Lehmann, Bd. I § 6 S. 79-82, Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG Einl. Bd. I S. 1 f; Canstein § 26 C III S. 465. Eine vergleichbare Situation veranlaßte den Rat der Hansestadt Hamburg im Jahre 1720 zum Eingreifen (vgl. Lehmann, Bd. I, § 7 S. 76).

92) Als Beispiel läßt sich Art. 2 Abs. 1 GG anführen. Zweifelhaft erscheint, ob die in dieser Vorschrift mit enthaltene Garantie der Integrität des Privatrechtsverkehrs (vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 GG Rdn.53-55) nur staatliche Eingriffe in die rechtsgeschäftliche Handlungsfreiheit des Einzelnen verwehrt oder ob die Bestimmung darüber hinaus den Staat verpflichtet, durch seine Machtmittel den Einzelnen - d.h. alle Teilnehmer am Privatverkehr - vor einer Beeinträchtigung der rechtsgeschäftlichen Handlungsfreiheit durch die Macht von Verbänden zu bewahren. Vgl. zust. zur Parallelität des Interesses von Staat und Rechtsverkehr Hirsch (Fußnote 36), S. 48 ff. Baumbach-Hueck Einl. II_2 Rdn. 7; Gschnitzer § 18 A $I_{2,3b}$ S. 99.

Interesse des Rechtsverkehrs besonders eng mit dem Eigeninteresse des Staates, da es sich insoweit um die Wahrung seiner eigenen Verfassungsgebote handelt. Umgekehrt gehört auch die Wahrung der Integrität der Staatsmacht mit zum Interessenbereich des Rechtsverkehrs, da der Staat unmittelbar das Verlangen nach Sicherheit des Rechtsverkehrs schützt.

§ 2

Die Abgrenzung der Untersuchung

A) Die Aufgabe der Arbeit

I. Der dieser Arbeit zugrundezulegende Bezugspunkt

Der für die nachfolgende Untersuchung auszuwählende Bezugspunkt ergibt sich aus der soeben behandelten Tatsachen- und Interessenlage. Die Darstellung sowohl des Entwicklungsweges von Verein und Aktiengesellschaft als auch der auf das Entstehen der Körperschaft einwirkenden Interessen zeigt, daß die Einflußnahme des Staates für das Werden der juristischen Personen von ausschlaggebender Bedeutung ist. Angesichts dessen erscheint es geboten, die rechtliche Betrachtung von Verein und Aktiengesellschaft unter diesem Gesichtspunkt durchzuführen - differenziert danach, wie die Stellung des Staates zu den Körperschaften im einzelnen geartet ist.[1)]

II. Formulierung der Aufgabe der Arbeit entsprechend den zu § 1 und § 2 A I gewonnenen Ergebnissen

Die Aufgabe der Arbeit ist nach alledem dahin zu formulieren, daß es zu untersuchen gilt, wie sich der

---

1) Die zentrale Bedeutung dieses Gesichtspunkts für die rechtliche Behandlung der privaten (nicht rechtsfähigen) Körperschaft hebt der BGH in NJW 1968 S. 1830 f. (m.w.N.) hervor.

Einfluß des Staates auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften systematisieren läßt, und welche grundsätzlichen Zusammenhänge zwischen diesem System der Körperschaftsbildung, der zuvor erörterten Interessenlage und der rechtlichen Behandlung von Verein und Aktiengesellschaft vor Erwerb der Rechtsfähigkeit bestehen[2].

B) Die für die Untersuchung in Betracht kommenden Entwicklungsstadien bei

I. Verein

1. Stadium der Gründungsvorbereitung

Der oben dargestellte Werdegang des rechtsfähigen Vereins umfaßt rechtlich verschieden zu behandelnde Entwicklungsstufen. Sie ergeben sich daraus, daß die übereinstimmende Willensrichtung der Gründer von der zunächst unverbindlichen Übereinkunft, einen rechtsfähigen Verein entstehen zu lassen, nach Abschluß der Gründungsvorbereitungen zur Entstehung der Körperschaft führt und schließlich ihre äußere Vollendung in der Eintragung des rechtsfähigen Vereins in das Vereinsregister findet.

Hier geht es zunächst um den ersten Entwicklungsabschnitt. Er wird durch den Beschluß der Satzung begrenzt. Die Satzung bedeutet das auf dem gemeinsamen Willen der Gründer beruhende Gesetz, nach dem die Körperschaft existieren soll; mit dem Beschluß der Satzung ist die Körperschaft als solche entstanden[3]. Bis zu diesem Zeitpunkt

---

2) Die hierbei zu gewinnenden rechtstheoretischen Erkenntnisse dienen neben der Auslegung der diesbezüglichen positiven Gesetzesregelungen vor allem der Ausfüllung etwaiger Gesetzeslücken. Vgl. hierzu näher Kap. 3, bes. B II, sowie Seiler S. 14 m.w.N.

3) Godin-Wilhelmi Vorbem. II A 2 vor § 23 Anm. 3

haben die Gründer zumeist nur unverbindliche Gespräche miteinander geführt. Ihre Beziehungen zueinander lassen sich angesichts dessen regelmäßig nur als ein sogenanntes Verhandlungsverhältnis[4] bezeichnen. Selten dürfte es so liegen, daß sich die späteren Gründer bereits vor Beschluß der Satzung in einem bestimmten Rechtsverhältnis - hierfür käme eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Betracht[5] - miteinander verbunden haben. Für einen solchen Zusammenschluß fehlt es in bezug auf die Gründung eines Idealvereins (§ 21 BGB) meist an dem wirtschaftlichen Hintergrund, der - wie auszuführen sein wird - in der Regel die Interessengrundlage für eine vorgelagerte Vereinigung ergibt.[6] Um den Möglichkeiten verschiedengearteter Einzelausgestaltungen dieses ersten Entwicklungsabschnitts gerecht zu werden, empfiehlt es sich, den Werdegang des später rechtsfähigen Vereins von der ersten Kontaktaufnahme der Gründer bis zum Beschluß der Satzung als Gründungsvereinigung zu bezeichnen.[7]

---

4) Vgl. zum Begriff des Verhandlungsverhältnisses: OGH Brit. Zone (Köln) in NJW 1949 S. 382 f. (382); Wacker S. 1 a. E.

5) Zustimmend dazu, daß die dem Entstehen der körperschaftlichen Organisation vorgelagerten Vereinigungen meist Gesellschaften bürgerlichen Rechts sind: Zuelch S. 3 mit weiteren Nachweisen, Scheffknecht in Österr. Notariatszeitung 1955 S. 157 f. (157); von der älteren Rechtsprechung ist hervorzuheben: RG in RGZ 106 S. 174 ff. (175 a.E., 176).

6) Vgl. dazu die Entscheidung des Reichsgerichts hier Fußnote 5).

7) Wegen der verschiedenartigen Terminologie vgl. unten Fußnote 21.

2. Nicht rechtsfähiger Verein

Der hieran anschließende zweite Entwicklungsabschnitt reicht bis zum Erwerb der Rechtsfähigkeit des Vereins durch Eintragung in das Vereinsregister[8]. Die verschiedenen äußeren Vorgänge, die die Entstehung der Körperschaft bis zum rechtsfähigen Verein kennzeichnen, haben auf die Struktur der Vereinigung keinen Einfluß. Weder die Anmeldung des Vereins zur Eintragung in das Vereinsregister noch die Zulassung der Anmeldung durch das Registergericht noch das Unterlassen des Widerspruchs seitens der zuständigen Verwaltungsbehörde gegen den beabsichtigten Verein ändern etwas an dem maßgebenden Kriterium der rechtlichen Einordnung, der körperschaftlichen Organisation, die sich aus dem materiellen Gehalt der Willenseinigung der Gründer ergibt. Die im körperschaftsrechtlichen Sinne bestehende Einheit des zweiten Entwicklungsabschnitts kommt auch im Gesetz selbst zum Ausdruck. Die diesbezüglichen Vorschriften der §§ 55 bis 66 BGB treffen Unterscheidungen innerhalb dieses

---

8) Dieselbe Einteilung - erstes Entwicklungsstadium bis zum Entstehen der körperschaftlichen Organisation durch Beschluß der Satzung, einheitliches zweites Entwicklungsstadium bis zum Erwerb der Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das hierfür bestimmte Register befürworten: Wacker S. 1 f., Zuelch S. 5 mit weiteren Nachweisen für die eingetragene Genossenschaft; ferner Godin-Wilhelmi in der Kommentierung zu § 23 AktG, indem sie unter "A" (Vorbem. II A zu § 23) die Entwicklung der Aktiengesellschaft bis zur Errichtung und davon gesondert unter "B" die Zeit nach der Errichtung als die beiden großen Stadien des Werdeganges der Aktiengesellschaft behandeln.

Teils des Entstehungsvorganges allein in bezug auf den formellen Ablauf der notwendigen Vorbereitungshandlungen und lassen hierbei die Vorstellung des Gesetzes erkennen, daß in körperschaftsrechtlicher Hinsicht keine Unterschiede während des zweiten Entwicklungsabschnitts bestehen. Da das hier erörterte Stadium dadurch gekennzeichnet ist, daß der Verein als Körperschaft bereits besteht, muß dieses dem rechtsfähigen Verein vorgelagerte Gebilde als nicht rechtsfähiger Verein bezeichnet werden.[9)]

II. Aktiengesellschaft

1. Stadium der Gründungsvorbereitung

Die Entwicklung der Aktiengesellschaft zeigt ein im Grundsätzlichen vergleichbares Bild. Auch hier gilt es, zwei Entwicklungsstadien auseinanderzuhalten: einerseits den Werdegang der künftigen Aktiengesellschaft bis zu ihrer Errichtung (§§ 23, 29 AktG), andererseits das anschließende Stadium bis zur Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AktG)[10)].

---

9) Um die besondere Funktion dieses nicht rechtsfähigen Vereins als notwendige Durchgangsstation auf dem Wege zum rechtsfähigen Verein schlagwortartig zu kennzeichnen, erscheint es vertretbar, zusätzlich die Bezeichnung "Vorverein" zu gebrauchen (wegen der Terminologie vgl. Wacker S. 1 f., Zuelch S. 5 a. E., 6; ferner Heini in Schweizerisches Privatrecht § 53 II S. 536 f.). Diese Terminologie läßt die grundsätzliche Erkenntnis unberührt, daß es sich strukturell um einen nicht rechtsfähigen Verein handelt. Als "unechter Vorverein" ist dementsprechend der nicht rechtsfähige Verein zu bezeichnen, bei dem die Gründer - z.B. wegen Vorliegens von Eintragsungshindernissen - den Erwerb der Rechtsfähigkeit vorerst nicht weiterverfolgen oder bei dem sie in sonstiger Weise vom Bereich des notwendigen Vorbereitungsstadiums abweichen.

10) Vgl. Godin-Wilhelmi (Fußnote 8) Wacker S. 1 f.

In der Einzelausgestaltung zeigt indessen die Entwicklung der Aktiengesellschaft ein weitaus mannigfacheres Bild als der entstehende Verein. Das hat seine Ursache in dem wirtschaftlichen Hintergrund, vor dem sich der Werdegang der Aktiengesellschaft zuträgt. Wegen der oft schwerwiegenden wirtschaftlichen Belange, um die es bei der Gründung einer Aktiengesellschaft geht, ist hier verhältnismäßig häufig eine rechtsgeschäftliche Bindung der Gründer bereits vor Beschluß der Satzung anzutreffen[11] Sie kann verschiedenartiger Form sein. Eine offene Handelsgesellschaft wird meist dann anzunehmen sein, wenn die späteren Gründer die Übernahme eines bereits tätigen Unternehmens als Sacheinlage vereinbaren wollen und das Unternehmen aus kaufmännischen Erwägungen schon vor dem Beschluß der Satzung in gemeinschaftlicher Bindung geführt werden soll[12]. Auf das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft in diesem Entwicklungsstadium der Aktiengesellschaft ist es ohne Einfluß, daß die Gründer eine Gesellschaft ohne persönliche Haftung anstreben und das - zunächst gegebene - Entstehen einer offenen Handelsgesellschaft nicht schriftlich vereinbart haben; entscheidend ist ihr tatsächliches Verhalten im Geschäftsverkehr[13].

---

11) Vgl. folgende analog heranzuziehende Beispielfälle rechtsgeschäftlicher Bindung der Gründer bereits vor Beschluß der Satzung: OGH Brit. Zone in NJW 1949 S. 382, OLG Frankfurt in NJW 1947/48 S. 429, RG in RGE 106 S. 174 ff., RG in RGZ 30 S. 94 ff.

12) Vgl. dazu v. Godin-Wilhelmi § 23 Anm. 2 m.w.N.

13) Vgl. OGH Brit. Zone in NJW 1949 S. 382, OLG Frankfurt in NJW 1947/48 S. 429.

Im übrigen kann - je nachdem, wie die Rechtsbeziehungen der Gründer im einzelnen ausgestaltet sind - eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder ein nicht rechtsfähiger Verein vorliegen[14]. Bei allen diesen Verträgen bleibt zu beachten, daß - soweit sie die Pflicht zur Eingehung eines gerichtlich oder notariell zu beurkundenden späteren Gesellschaftsvertrages zum Inhalt haben (vgl. z. B. § 23 AktG) - sie in gleicher Weise formbedürftig sind[15]. Anderenfalls würde der Gesetzeszweck der Formvorschriften vereitelt[16]. Ein formlos abgeschlossener sogenannter Gesellschaftsvertrag des Inhalts, daß es einem der Beteiligten freistehen solle zu bestimmen, ob der erstrebte wirtschaftliche Erfolg durch Gründung einer Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommanditgesellschaft oder Gesellschaft des bürgerlichen Rechts verwirklicht werden soll, läßt die für einen Vertrag wesentliche Bezeichnung des konkreten Gesellschaftsverhältnisses vermissen und ist schon aus diesem Grunde gemäß § 154 Abs. 1 BGB unwirksam[17].

---

14) Diese beiden Möglichkeiten führt insbesondere das OLG Frankfurt (vgl. Fußnote 13) an.

15) Vgl. v. Godin-Wilhelmi § 23 Anm. 2, RG in RGZ 106 S. 174 ff. (175 a. E./176).

16) Vgl. Fußnote 22; ferner Kastner in Österr. Notariatszeitung 1955 S. 154 ff. (155).

17) RG in RGZ 106 S. 174 ff. (177): Dieselbe Rechtsauffassung liegt den Urteilen des BGH in LM § 705 BGB Nr. 3,des RG in RGZ 66 S. 115 ff. (121) und in RGZ 30 S. 94 ff. (95) zugrunde. Beide Entscheidungen verlangen für die Wirksamkeit eines solchen Vorvertrages, daß er dieselben wesentlichen Punkte wie der später abzuschließende Hauptvertrag umfasse und infolgedessen der Inhalt des Hauptvertrages im Streitfall richterlich festgesetzt werden könne (§ 894 ZPO).

Da die rechtliche Behandlung von Vorverträgen dieser Art nicht zu den zentralen Problemen der vorliegenden

Fortsetzung der Fußnote 17) siehe S. 44.

Abreden dieser Art können allenfalls sogenannte Punktationen sein, die als unverbindliche Absprachen einzelne Punkte des späteren Vertrages behandeln[18]. Mit der Punktation geht lediglich das bereits erörterte Verhandlungsverhältnis einher, das im Gegensatz zum Vorvertrag noch keine rechtliche Bindung zum Abschluß eines späteren Gesellschaftsvertrages herbeiführt, sondern allein in den Grenzen der allgemein für Vertragsverhandlungen geltenden Regeln haftbar machen kann[19]. Weiter sind im Rahmen der Erörterung des Stadiums bis zum Beschluß der Satzung die Konsortialverträge zu nennen, die den Vertrieb der später zu emittierenden Aktien betreffen[20]. Um die vorstehend skizzierte Vielfalt der möglichen Ausgestaltungen der entstehenden Aktiengesellschaft bis zu

---

Fortsetzung der Fußnote 17) von S. 43
Untersuchung gehört, mag es hier dahinstehen, ob das bewußte Offenlassen des späteren Gesellschaftstyps im Hinblick auf die Umgehung der gebotenen Form (vgl. oben Text und Fußnote 15, 16) gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit führt.

18) Vgl. zum Begriff der Punktation RG in RGZ 106 S. 174 ff. (175 a. E., 176); ferner Süssner in Österr. Notariatszeitung 1955 S. 156.

19) Dabei ist neben den allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB) das von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Institut der "culpa in contrahendo" zu nennen; vgl. zu letzterem zusammenfassend und mit erschöpfenden Nachweisen von Literatur und Rechtsprechung: Werner bei Staudinger, Vorbem. 99 zu §§ 275 - 292 BGB sowie Anm. 30 - 35 zu § 276 BGB.

20) Vgl. zum Begriff der Konsortialverträge: v. Godin-Wilhelmi § 23 Anm. 2.

ihrer Errichtung zu erfassen, erscheint auch hier der Begriff "Gründungsvereinigung" terminologisch zutreffend[21].

2. Vorgesellschaft

Die nachfolgende Entwicklung der werdenden Aktiengesellschaft bis zum Erwerb der Rechtsfähigkeit stellt ebenso wie beim entstehenden rechtsfähigen Verein in körperschaftsrechtlicher Hinsicht eine Einheit dar. Die oben kurz beschriebene Vielfalt der vom Gesetz vorgezeichneten tatsächlichen Entwicklungsstufen - Bestellung des ersten Aufsichtsrats, Einzahlung des auf jede Aktie einzufordernden Mindestbetrages, Gründungsprüfung, Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister - ändert hieran nichts. Keiner dieser Vorgänge berührt die Satzung, die für die körperschaftsrechtlichen Verhältnisse der Gründer allein maßgebend ist[22]. Die einzelnen Phasen des Entwicklungsgeschehens sind lediglich Vorbedingungen dafür, daß die Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden darf[23].Der Umstand, daß bei Vorliegen aller gesetzlichen Voraus-

---

21) Die Terminologie ist verschieden. Oft wird von "Vorgründungsgesellschaft" gesprochen (vgl. Zuelch S. 5, Wacker S. 8, ähnlich Kastner oben Fußnote 16), zuweilen von "allgemeiner Vorgesellschaft" (vgl. Scheffknecht, oben Fußnote 5). Da hiermit nur der Fall des Bestehens einer vorgelagerten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gemeint ist (vgl. Zuelch S. 5, Wacker S. 8) und dieser Fall bei dem entstehenden rechtsfähigen Verein die Ausnahme darstellt (vgl. obigen Text), ist m.E. der Begriff der "Gründungsvereinigung" wegen seiner terminologischen Weite besser geeignet, die möglichen Formen der Einzelausgestaltung - Verhandlungsverhältnis/Gründungsgesellschaft - zu umfassen.

22) Godin-Wilhelmi Vorbem. II a Anm. 3 zu § 23.

23) Ebenso sinngemäß Godin Wilhelmi Vorbem. II C Anm. 5 zu § 23.

setzungen die Gründer nach dem hier zugrundezulegenden deutschen Aktienrecht einen Rechtsanspruch auf die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister haben[24], ändert daran nichts. Sowohl die Fassung des § 41 Abs. 1 Satz 1 AktG als auch die Rechtsfolge der bloßen Vernichtbarkeit der eingetragenen Aktiengesellschaft bei Fehlen bestimmter Eintragungsvoraussetzungen[25] schließen es aus, die einzelnen Vorgänge des äußeren Entwicklungsgeschehens als selbständige Teilverwirklichung des Tatbestandes der schließlich rechtsfähigen Körperschaft anzusehen[26]. Diese Vorschriften[27] ergeben vielmehr, daß die Eintragung in das Handelsregister das zweite konstitutive Element darstellt, das zusammen mit dem ersten Element, der Satzung einschließlich des notwendigen tatsächlichen Unterbaues der Körperschaft, die rechtsfähige Körperschaft bildet[28].

Ähnlich den Verhältnissen beim Verein ist auch bei der entstehenden Aktiengesellschaft zu unterscheiden zwischen der sogenannten echten und unechten Vorgesellschaft.

---

24) So z.B. Godin-Wilhelmi Vorbem. II C Anm. 5 vor § 23 AktG.

25) Vgl. im einzelnen §§ 275 - 278 AktG.

26) Die Möglichkeit einer solchen gesetzlichen Ausgestaltung des Rechts der werdenden Aktiengesellschaft deutet Hallstein S. 116 an.

27) Gemeint sind: § 41 Abs. 1 Satz 1 AktG., §§ 275 - 277 AktG.

28) Vgl. zur Komplexität der rechtsfähigen Körperschaft die im Grundsätzlichen auch hier geltenden Ausführungen im Text oben § 1 A I 1 und dort Fußnote 3.

Der hier bisher zugrundegelegte Fall der echten Vorgesellschaft ist dann gegeben, wenn die Gründer allein die möglichst baldige Entstehung der rechtsfähigen Körperschaft anstreben und die hierfür aufgestellten gesetzlichen Erfordernisse unverzüglich erfüllen[29] . Demgegenüber läßt sich von einer unechten Vorgesellschaft sprechen, wenn die Gründer abweichend hiervon entweder den unverzüglichen Erwerb der Rechtsfähigkeit nicht mehr verfolgen[30] oder über den Bereich der notwendigen Vorbereitungshandlungen hinaus[31] den Betrieb der später rechtsfähigen Aktiengesellschaft bereits im Stadium der nicht rechtsfähigen Körperschaft aufnehmen[32] . Die Einzelheiten der Abgrenzung

---

29) Grundsätzlich zustimmend zu dieser Abgrenzung der echten Vorgesellschaft: Wacker S. 48; ebenso - für die vergleichbare Sachlage bei der entstehenden Genossenschaft - Zuelch S. 5, einengend Scheffknecht (oben Fußnote 5), indem er es für das Innenverhältnis der Beteiligten als unerheblich ansieht, ob die juristische Person später tatsächlich entsteht.

30) Diese Alternative des Tatbestands der unechten Vorgesellschaft behandelt näher: Zuelch S. 8 - 11 in bezug auf die Genossenschaft.

31) Vgl. zum Kreis der notwendigen Vorbereitungshandlungen oben § 1 A I 2, II 2.

32) Sinngemäß zustimmend zur Einbeziehung dieser Fälle in den Tatbestandsbereich der unechten Vorgesellschaft z.B. Wacker S. 48, (einschränkend) Zuelch S. 6 ff., indem sie grundsätzlich unterscheiden zwischen den auf die notwendigen Vorbereitungshandlungen beschränkten Vorgesellschaften und denen, deren tatsächlicher Tätigkeitsbereich über diese Grenzen hinausreicht. Ferner - speziell für den Bereich der Aktiengesellschaften - : Vgl. z. B. Fischer in Großkomm. z. AktG § 34 Anm. 11 f., indem dort der vom Gesetz als Regel unterstellten Bargründung der häufige Fall der Sachgründung gegenübergestellt wird, der mit sofortiger Geschäftstätigkeit der Vorgesellschaft verbunden ist.

bleiben an dieser Stelle unerörtert. Erst die spätere Einzeluntersuchung kann hinreichenden Anhalt dafür geben, inwieweit die Unterscheidung zwischen echter und unechter Vorgesellschaft andere als lediglich terminologische Gründe hat und dementsprechend auszugestalten ist.

C) Die für die Arbeit auszuwählenden Entwicklungsstadien

I. Der Auswahlmaßstab

Der Maßstab für die Auswahl der Entwicklungsstadien, die hier zugrundezulegen sind, folgt aus der Aufgabe der Arbeit. Es geht also um das Spannungsfeld zwischen einerseits dem Verlangen des Staates nach möglichst vollständiger Reglementierung des privaten Körperschaftswesens und andererseits dem Prinzip der Privatautonomie, dem die Einflußnahme des Staates auf das Entstehen rechtsfähiger Körperschaften zuwiderläuft[33]. Damit die Bedeutung der staatlichen Einflußnahme umfassend sichtbar werde, erscheint die Untersuchung des Entwicklungsstadiums geboten, in dem - vom Grundsatz der Privatautonomie her betrachtet - alles für die Entstehung der rechtsfähigen Körperschaft Erforderliche getan, also die Körperschaft entstanden ist und der Erwerb der Rechtsfähigkeit allein von den Vorschriften betreffend die Mitwirkung des Staates abhängt. Erst wenn dieses Entwicklungsstadium erreicht ist, wird deutlich, welche materiell-rechtliche Tragweite den möglichen - durch verschieden stark ausgestaltete Intensität gekennzeichneten - Formen staatlicher Einflußnahme

33) Vgl. sinngemäß zust. z. dieser Färbung des Begriffs der Privatautonomie: Schick in Ev. Staatslexikon zum Stichwort "Autonomie" Sp. 105. Dasselbe meinen Leonhard § 37 II aa. S. 112, Henle § 61 II S. 411, Wiede-

Fortsetzung der Fußnote 33) siehe S. 49

für die rechtliche Behandlung der Körperschaft zukommt. Dementsprechend läßt sich der Auswahlmaßstab dahin formulieren, daß für die folgenden Untersuchungen nur ein Entwicklungsstadium zugrundezulegen ist, in dem die Gründer in rechtsgeschäftlicher und organisatorischer Hinsicht[34)] alles getan haben, was - ohne Berücksichtigung der staatlichen Einflußnahme - für das Entstehen einer rechtsfähigen Körperschaft erforderlich ist.

II. Anwendung des Auswahlmaßstabes

1. auf den entstehenden Verein

Die Anwendung dieses Auswahlmaßstabes auf die Entwicklungsstufen des entstehenden Vereins ergibt, daß die Gründungsvereinigung für die nachfolgende Untersuchung ausscheidet. Bei der Gründungsvereinigung fehlt es an der Ausgangssituation, die im Vorangegangenen als wesentlich bezeichnet wurde, um die Tragweite der staatlichen Einflußnahme auf das Entstehen der rechtsfähigen privaten Körperschaft sichtbar zu machen, nämlich an dem Vorliegen aller rechtsgeschäftlichen Elemente des rechtsfähigen Vereins und der Abhängigkeit des Erwerbes der Rechtsfähigkeit

---

Fortsetzung der Fußnote 33 von S. 48

mann S. 79, Egger in Zürcher Kommentar Art. 52 Anm. IV 1 ZGB Rdn. 16, indem sie von der Freiheit der Körperschaftsbildung sprechen.

34) Vgl. zur Notwendigkeit des Vorliegens beider Voraussetzungen oben § 1 A I 1 mit Fußnote 3. Aus den im Text genannten Gründen kann der weiter gefaßten Abgrenzung Seilers (S. 18 f.), der auch Personenvereinigungen ohne Statuten oder mit - gemessen am Gesetz - unvollständigen Statuten zum Kreis der Vorgesellschaften rechnet, nicht gefolgt werden.

allein noch von der Mitwirkung des Staates[35].

Das Entwicklungsstadium des Vorvereins weist demgegenüber die dem Abgrenzungsmaßstab entsprechende Ausgangslage auf. Sowohl beim echten als auch beim unechten Vorverein liegen alle die Merkmale vor, die - abgesehen von der Erfüllung der Vorschriften betreffend die staatliche Mitwirkung - für das Entstehen der rechtsfähigen Körperschaft erforderlich sind.

2. (Die Anwendung des Auswahlmaßstabes)
<u>auf die entstehende Aktiengesellschaft</u>

Das in bezug auf den rechtsfähigen Verein Ausgeführte gilt wegen der Gleichartigkeit der Rechtslage ebenfalls für die entstehende Aktiengesellschaft.

---

35) Die nicht scharf auf einen bestimmten Mitwirkungsakt, z.B. die Eintragung in das Vereins- oder das Handelsregister, begrenzte Formulierung "Abhängigkeit allein noch vom Bereich der Mitwirkung des Staates" ist bewußt gebraucht. Auf diese Weise soll klargestellt werden, daß es nicht lediglich den Vorverein zu untersuchen gilt, bei dem nur noch die Eintragung fehlt, sondern auch den, bei dem darüber hinaus andere Voraussetzungen nicht erfüllt sind (die zwar von den Vorschriften über die staatliche Einflußnahme gefordert werden, jedoch auf die körperschaftliche Struktur der Personenvereinigung keinen Einfluß haben, z.B. die Gewerbeerlaubnis). Ob insoweit eine Differenzierung der rechtlichen Behandlung in bezug auf Einzelaspekte geboten ist - z.B. je nachdem, ob der Verein erst zur Eintragung angemeldet ist oder das Registergericht die Anmeldung bereits zugelassen hat - , muß aus Gründen des Sachzusammenhanges der Einzelerörterung in den Kap. II und III der Arbeit vorbehalten bleiben.

a) Auch die Gründungsvereinigung der Aktiengesellschaft scheidet für die nachfolgende Untersuchung aus, da sie gleich der Gründungsvereinigung des rechtsfähigen Vereins nur die Entwicklung bis zum Beschluß der Satzung umfaßt.

b) Die Vorgesellschaft ist aus den zuvor erörterten Gründen sowohl in der Ausgestaltung als echte wie auch als unechte Vorgesellschaft für die Untersuchung geeignet, da in ihrem Entwicklungsstadium der Erwerb der Rechtsfähigkeit allein von der staatlichen Mitwirkung abhängt.

D. Die prinzipielle Abgrenzung der der Arbeit zugrundezulegenden Rechtsmaterie

Die prinzipielle Abgrenzung der hier zugrundezulegenden Rechtsmaterie ergibt sich ebenso wie der Kreis der zu untersuchenden Entwicklungsstadien aus der Aufgabe der Arbeit. Wie oben ausgeführt, geht die Aufgabe der Arbeit dahin, die rechtliche Behandlung der werdenden Aktiengesellschaft darauf zu untersuchen, in welcher Weise sich die staatliche Einflußnahme auf das Entstehen rechtsfähiger privater Körperschaften auswirke- unterschieden nach den möglichen Graden der Einflußnahme. Das hierfür verwendbare Untersuchungsmaterial sind die deutschen oder ausländischen Rechtsquellen, die diese verschiedenen Abstufungen staatlicher Einflußnahme enthalten. Um eine einheitliche Untersuchungsgrundlage zu haben, die zugleich durch umfangreiche Literatur und Rechtsprechung aufgehellt ist, erscheint es zweckmäßig, in erster Linie vom deutschen Recht auszugehen. Soweit das deutsche Recht die zu untersuchenden möglichen Grade staatlicher Einflußnahme auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften nicht enthält, bleibt das ausländische Recht zu prüfen. Im Interesse

der bereits genannten Einheitlichkeit der Betrachtung ist dabei in erster Linie das österreichische und das schweizerische Recht heranzuziehen, da beide Rechte in ihrer historischen Grundlage, der Begriffsbildung und der Dogmatik dem deutschen Recht in bezug auf den Untersuchungsgegenstand weitgehend vergleichbar sind[36]. Das ausländische Recht wird also allein zu dem soeben gekennzeich - neten speziellen Untersuchungszweck erörtert; die Anliegen einer rechtsvergleichenden Arbeit müssen angesichts dessen weitgehend zurücktreten. Welche einzelnen Vorschriften gemäß vorstehender prinzipieller Abgrenzung der Rechtsmaterie erörtert werden, ist der späteren Einzeldarstellung vorbehalten.

---

36) Hiermit stimmen die nachstehend bezeichneten Autoren überein, die der - soweit ersichtlich - unbestrittenen Auffassung im Schrifttum folgend in ihren körperschaftsrechtlichen Erwägungen von der grundsätzlichen Vergleichbarkeit des deutschen, schweizerischen und österreichischen Rechts bezüglich der Regelung vom rechtsfähigen Verein und Aktiengesellschaft ausgehen.

- Verein -

grundsätzliche Vergleichbarkeit von deutschem,

a) schweizerischem und b) österreichischem

Recht:

a) Coing bei Staudinger Vorbem. IX 1 zu § 21 BGB Rdn. 28 a.E., Schrag S. 143;

b) Coing bei Staudinger Einl. XII vor §§ 21 ff. BGB Rdn. 40; Vorbem. IX 2 zu § 21 BGB Rdn. 29; Nipperdey bei Enneccerus § 106 Fußerl. 21 S. 637, Beitzke S. 60 f.

- Aktiengesellschaft -

grundsätzliche Vergleichbarkeit von deutschem und schweizerischem Recht: Vgl. z.B. Iklé S. 20. Die grundsätzliche Vergleichbarkeit auch des österreichischen Aktienrechts ergibt sich schon aus der im wesentlichen gleichartigen Gesetzesfassung und -systematik (vgl. hierzu im einzelnen unten Kapitel II Fußnote 227, Kapitel III Fußnoten 26,36).

2. Kapitel: Erscheinungsformen der staatlichen Einflußnahme auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften und ihr Einteilungsprinzip

§ 1

Erscheinungsformen der staatlichen Einflußnahme

A) Die denkbaren Möglichkeiten für den Staat, sich in bezug auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften zu verhalten, als tatsächliche Grundlage des zu erwägenden Einteilungsprinzips

I. Die denkbaren Intensitätsgrade staatlicher Einflußnahme auf die Körperschaftsbildung

Der Staat kann sich in bezug auf das Entstehen rechtsfähiger Körperschaften in unterschiedlicher Weise verhalten. Das wurde bereits an anderer Stelle kurz gekennzeichnet. Die beiden diametral entgegengesetzten Möglichkeiten sind:

Bindung der Existenz einer rechtsfähigen Körperschaft daran, daß in jedem einzelnen Falle ein besonderes Gesetz ergeht (maximale Bindung) - Anschluß der Rechtsfähigkeit lediglich daran, daß ein als Körperschaft organisiertes Gebilde besteht (minimale Bindung). Der Kreis der denkbaren Möglichkeiten wird durch mannigfache Abstufungen zwischen diesen beiden Grenzpunkten gebildet.

Die denkbaren Möglichkeiten lassen sich in ihrer Ausgestaltung wie folgt kennzeichnen:
Das bei stärkster staatlicher Bindung für jeden konkreten Sachverhalt erforderliche besondere Gesetz ist ein sog. Einzelfallgesetz[1], Unterart der sog. Maß-

1) Zur Abgrenzung des Einzelfallgesetzes (=Individualgesetz) vgl. näher Schneider in Festschrift für Carl Schmitt S. 160 f.

nahmegesetze[2]. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen Gesetze dieser Art, die sich - je nach dem Gehalt des betreffenden Staatsgrundgesetzes - unter dem Gesichtspunkt des Prinzips der Gewaltenteilung ergeben können[3], bedürfen im Rahmen der hier zu entwerfenden Übersicht keiner abschließenden Entscheidung. Hier bleibt im wesentlichen ein Blick auf die möglichen Differenzierungen innerhalb der Einzelfallgesetze zu werfen.

---

2) Vgl. Forsthoff § 1 S. 8.

3) Diese Art von Gesetzen dürfte mit dem in Deutschland überkommenen Gesetzesbegriff nicht zu vereinbaren sein, da hierdurch die herkömmliche Grenze zwischen Gesetzgebung und Verwaltung verwischt wird. Nach der auf der deutschen Entwicklung des bürgerlichen Rechtsstaats im 19. Jahrhundert beruhenden Begriffsbestimmung ist der Gesetzgebung die Setzung genereller abstrakter Normen in einem qualifizierten Verfahren zugewiesen (vgl. so z. B. Otto Mayer Bd. 1 S 4 ff., ferner Forsthoff § 5 S. 78), während der Verwaltung das Tätigwerden im Einzelfall - als Gesetzesausführung - obliegt. Die Entwicklung der letzten Jahrzehnte, die durch eine immer stärkere Ausweitung des Staatshandelns gekennzeichnet ist (vgl. Coing bei Staudinger, Einl. IV 3 zu §§ 21 ff. BGB Rdn. 10, Rehbinder, S. 169) hat zu einer Durchbrechung dieser Abgrenzung geführt (vgl. Forsthoff a.a.O. und Schneider a.a.O. mit Beispielen, ferner Maunz-Dürig Art. 20 GG Anm. 96 - 103.
Neuzeitliche Staatsverfassungen, wie z. B. das Bonner Grundgesetz, tragen dieser Entwicklung Rechnung, indem auf der Grundlage des Gewaltenteilungsprinzips (Art.20 Abs. 2 GG) die Möglichkeit von Einzelfallgesetzen stillschweigend anerkannt (vgl. z. B. BVerfG in BVerfGE 4 S. 7 ff. betr. das Investitionshilfe-Gesetz v. 7. 1. 1952 in BGH 1952 I S. 7), jedoch - um die Gefahr der Aushöhlung tragender Verfassungsgrundsätze zu vermeiden - in bestimmter Weise eingeengt wird (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG; vgl. dazu Schneider a.a.O. S. 170). Wegen Einzelfall-Gesetzen in bezug auf den Erwerb der Rechtsfähigkeit durch Körperschaften vgl. Hallstein S. 55 f., Beitzke (ZHR 108 S. 32 ff.) S. 37 f., Schneider a.a.O. S. 172, 173, 174 ff. (anglo-amerik. Recht), S. 165 Fußerl. 17 (Fall "Stagma").

Die Differenzierungen ergeben sich daraus, daß innerhalb der Rechtsquellen, und zwar dort wiederum innerhalb des Teilbereichs "Gesetz" ein Verhältnis hierarchischer Ordnung existiert[4]. An der Spitze steht das Verfassungsgesetz, sofern die Verfassung durch einen spezifischen rechtlichen Vorrang von den übrigen Gesetzen geschieden ist[5]. Rangmäßig unter dem Verfassungsgesetz steht das - dem Verfassungsvorbehalt unterliegende - einfache Gesetz. Dem einfachen Gesetz nachgeordnet, da vom Gesetzesvorbehalt abhängig, ist eine Anzahl anderer Rechtsnormen, z. B. die Rechtsverordnung. Demzufolge ist die denkbar stärkste Einflußnahme des Staates auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften die, die den Erwerb der Rechtsfähigkeit von einem Akt der Gesetzgebung abhängig macht und verlangt, daß es dazu der für Verfassungsänderungen erforderlichen qualifizierten Mehrheit[6] bedürfe. Dieser Ausgestaltung folgen entsprechend der zuvor allgemein gekennzeichneten Hierarchie der Rechtsquellen die beiden weiteren Alternativen: Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit unmittelbar (d. h. ohne einen eine generelle Norm vollziehenden Verwaltungsakt) an ein sogenanntes einfaches Gesetz, Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit unmittelbar an die rangmäßig nachgeordnete Rechtsverordnung. Gemeinsame Grundlage der verschiedenen Schattierungen des hier behandelten Ausgangspunktes - Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit an ein besonderes Gesetz - ist das generelle Verbot privater rechtsfähiger Körperschaften, von dem nur der Gesetzgeber selbst im Einzelfall dispensieren kann.[7]

---

4) Vgl. zu alledem Forsthoff § 7 S. 119.
5) Vgl. z. B. Art. 79 Abs. 2 GG.
6) Vgl. z. B. Art. 29 Abs. 2 GG.
7) Zust. hierzu Schneider a.a.O. S. 168.

Die anschließende Stufe auf der Skala[8] der denkbaren staatlichen Verhaltensweisen zeigt folgende Ausgestaltung des Entstehens der privaten rechtsfähigen Körperschaft:

Erwerb der Rechtsfähigkeit durch Verwaltungsakt auf Grund eines Gesetzes im herkömmlichen Sinn, d. h. einer generellen - auf eine unbestimmte Zahl von Fällen abgestellten - Regel, die den Erwerb der Rechtsfähigkeit von staatlicher Verleihung abhängig macht und diesen Verwaltungsakt ohne Möglichkeit irgendeiner richterlichen Überprüfung in das freie Ermessen des Staates stellt. Dieser zweitstärkste Grad der Intensität staatlicher Einflußnahme ist in sich differenziert, und zwar danach, wie schwierig die vom Staat gesetzten Vorbedingungen für den Erwerb der Rechtsfähigkeit von den Gründern zu erfüllen sind.

Der hier erörterten Abstufung staatlicher Einflußnahme auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften liegen die herkömmliche Begriffsbestimmung des Gesetzes und der dementsprechende Geschehensablauf zugrunde: Das Gesetz enthält die generelle abstrakte Regel, die den Erwerb der Rechtsfähigkeit von einer Verleihung durch Verwaltungsakt abhängig macht. Die Verwaltung wendet diese allgemeine Regel - nach freiem Ermessen - auf den konkreten Einzelfall an.

Die Formulierung "freies Ermessen" wird hier bewußt verwendet, um den Inhalt der zweitstärksten Abstufung staatlicher Einflußnahme unmißverständlich klarzulegen. Gemeint ist der Fall, daß die Verwaltung unter mehreren nach dem Gesetz rechtlich gleichwertigen Möglichkeiten - hier müßten es sein: Verleihung der Rechtsfähigkeit mit bestimmten

---

8) Vgl. Forsthoff § 5 S. 78 ("Skala" der Abstufungen von Freiheit und Gesetzesbindung), ferner Adamovich Bd. I 1 S. 15.

Auflagen / Versagen der Rechtsfähigkeit[9] - wählen darf und bei ihrer Auswahl lediglich dem allgemeinen Verbot des Ermessensmißbrauchs unterworfen ist. Da diese Freiheit begrifflich den Inhalt des Verwaltungsermessens darstellt,[10] bedeutet die Formulierung "freies Ermessen" einen Pleonasmus[11]. Ein "gebundenes Ermessen" als Gegensatz zum "freien Ermessen" gibt es bei zutreffender Begriffsbildung nicht, sondern nur einerseits den Bereich des gebundenen Verwaltungshandelns, der nicht mit Ermessen, sondern nur mit Rechtsanwendung zu tun hat, und andererseits den Bereich des freien Verwaltungshandelns, der das Ermessen umfaßt[12]. Da indessen die Formulierung "freies Ermessen" als Bezeichnung dieses letzteren Bereichs weitgehend gebräuchlich ist[13], soll sie auch im Rahmen dieser Arbeit, der neue Begriffsbestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts fernliegen, verwendet werden.

Zwischen dem hier erörterten Fall des Verwaltungsermessens ohne die Möglichkeit irgendeiner gerichtlichen Überprüfung und der folgenden Abstufung staatlicher Einflußnahme - zwar freies Ermessen, aber gerichtliche Kontrolle auf Ermessensfehlgebrauch - besteht für die Gründer ein erheblicher Unterschied. Zwar haben sie in beiden Fällen keinen Rechtsanspruch auf das erstrebte Verwaltungshandeln - Verleihung der Rechtsfähigkeit - , doch bewirkt schon die bloße Möglichkeit einer gerichtlichen, d. h.

---

9) Vgl. Coing bei Staudinger § 22 BGB Anm. 6 Rdn. 6

10) Vgl. z. B. Forsthoff § 5 S. 80; Mannlicher § 56 AVG Anm. h (S. 874).

11) Vgl. H. J. Wolff § 31 II S. 172.

12) So etwa Adamovich S. 18.

13) Vgl. z. B. H. J. Wolff a.a.O., Adamovich S. 17; aus dem zivilrechtlichen Schrifttum z. B. Bohnenberg bei Rosenthal, § 22 BGB Anm. 1 Rdn. 88.

einzelweisungsfreien und persönlich unabhängigen Kontrolle,[14] daß die Verwaltung eine erheblich sorgfältigere Arbeit als ohne diese Kontrolle leistet.[15]

Die hieran anschließende, graduell schwächere Stufe staatlicher Bindung weist folgende Gestaltung des Entstehens rechtsfähiger Körperschaften auf:

Erwerb der Rechtsfähigkeit durch Verwaltungsakt auf Grund eines Gesetzes im vorbezeichneten Sinn, das - bei Bestehen einer gerichtlichen Kontrolle auf Ermessensfehlgebrauch - die Verleihung der Rechtsfähigkeit in das freie Ermessen des Staates stellt. Auch hier ist nach der Ausgestaltung der von den Gründern zu erfüllenden Vorausset-

---

14) Vgl. z. B. Art. 97 Abs. 1 u. 2 GG.

15) Diesen insbesondere in der tatsächlichen Auswirkung bedeutsamen Unterschied, der die Differenzierung zwischen der Alternative mit und der ohne gerichtliche Überprüfung rechtfertigt, betont Forsthoff § 5 S. 79 (vgl. ferner Pisko § 102 S. 388 f.). Von derselben Auffassung gehen Adamovich S. 138, Ringhofer "Der Verwaltungsgerichtshof" S. 81, Ruck - Schweizerisches Staatsrecht - S. 16, aus, indem sie die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Gegensatz zu lediglich verwaltungsinternen Rechtsbehelfsverfahren als die Vollendung des Schutzes des Bürgers in seinen Rechten gegenüber dem Staat bezeichnen.

Die Möglichkeit für den Bürger, die Entscheidung der Verwaltung durch ein parlamentarisches Untersuchungsorgan auf Ermessensfehlgebrauch überprüfen zu lassen, bedeutet keine der gerichtlichen Nachprüfung vergleichbare Grenze staatlicher Eingriffe. Mit Recht weist Adamovich S. 138 darauf hin, daß das parlamentarische Untersuchungsorgan aus parteipolitischen Rücksichten kaum jemals eine die Verwaltung korrigierende Entscheidung treffen wird (ähnlich Giacometti, § 29 III S. 487, der die "parlamentarische Rechtspflege" dem - wirkungslosen - verwaltungsinternen Rechtsschutz gleichstellt).

zungen der Konzession[16] zu differenzieren.

Die weitere Stufe der eingangs skizzierten Skala läßt sich als der Bereich der vermittelnden Lösungen - zwischen staatlicher Bindung und Freiheit der Körperschaftsbildung - kennzeichnen. Der Erwerb der Rechtsfähigkeit tritt hier auf Grund eines Gesetzes ein, das bei Erfüllung der dort abschließend aufgezählten Voraussetzungen[17] den Gründern einen klagbaren Rechtsanspruch auf die Vornahme des Verwaltungsaktes gewährt. Im Hinblick auf die vorangegangenen Alternativen ist hier unter klagbarem Rechtsanspruch nicht auch der Fall zu verstehen, daß die Gründer lediglich die Ermessenswidrigkeit der Versagung der Konzession rügen können. Bei der vorliegend behandelten Abstufung staatlicher Einflußnahme geht es um den Bereich der rechtlichen Gebundenheit des Verwaltungshandelns.[18]

---

16) Unter "Konzession" wird im vorliegenden Zusammenhang nicht die - auf den Betrieb der Körperschaft bezügliche - polizeiliche Erlaubnis verstanden (vgl. zur Abgrenzung oben 1. Kapitel § 1 Fußnote 13), sondern der die Verleihung der Rechtsfähigkeit unmittelbar bewirkende Verwaltungsakt (vgl. z. B. § 22 BGB; dazu Coing bei Staudinger a.a.O., § 22 BGB Anm. 4,6 Rdn. 4,6, Denecke in BGB-RGRK a.a.O. § 22 Anm. 2; Bohnenberg bei Rosenthal § 22 BGB Anm. 1 Rdn. 88). Wegen dieser Unterscheidung vgl. im einzelnen mit weiteren Beispielen: Beitzke a.a.O. S. 33, 46, 54; ferner Hedemann - S. 41 f.).

17) Daher dürfte der Fall, daß die Behörde den Erwerb der Rechtsfähigkeit bei Vorliegen sämtlicher übrigen Voraussetzungen durch einen in ihrem freien Ermessen stehenden Einspruch verhindern kann, nicht der hier behandelten, verhältnismäßig gelockerten Abstufung staatlicher Einflußnahme zuzurechnen sein, sondern - je nachdem, ob gerichtlicher Rechtsschutz gegenüber dem Einspruch besteht oder nicht - einer der beiden vorangegangenen grundsätzlichen Alternativen; vgl. zustimmend zu dieser Einordnung: Coing bei Staudinger § 61 BGB Rdn. 1, Beitzke a.a.O. S. 47 mit weiteren Nachweisen, ähnlich Gschnitzer § 18 A I 3 S. 99 a. E., S. 100, indem er der hier erörterten Alternative nur Fälle mit Rechtsanspruch der Gründer auf Erwerb der Rechtsfähigkeit zurechnet.

18) Vgl. zu Letzterem: Adamovich S. 18.

Innerhalb dieser begrenzten Bindung des Erwerbs der Rechtsfähigkeit ist ebenso wie bei den vorangegangenen Alternativen der Grad der Intensität staatlicher Einflußnahme verschieden danach, mit welchen Schwierigkeiten die den Gründern obliegenden Handlungen verbunden sind. Verhältnismäßig einfach ist es, die Satzung der zukünftigen rechtsfähigen Körperschaft in bestimmter Weise[19] auszugestalten und / oder die Gründung der Körperschaft zur Eintragung in ein öffentliches Register anzumelden[20]. Nicht ganz so einfach wird es sein, ein erhebliches - vom Gesetz gefordertes - Grundkapital aufzubringen. Schwierig und drückend ist

---

19) Dabei sind zwei Wege hervorzuheben:
Staatliche Mustersatzungen;
System des gesetzlich standardisierten Satzungsinhalts.

Zwischen dem von Hirsch so bezeichneten (vgl. Zitat a. E.) "System des gesetzlich standardisierten Satzungsinhalts" und den "Mustersatzungen" besteht ein erheblicher Unterschied. Die Mustersatzungen werden vom Ministerium entworfen und lassen den Gründern lediglich die Möglichkeit, die jede AG, GmbH etc. individualisierenden Angaben (Firma, Zweck, Kapital etc.) zu machen. Es handelt sich also um typische Formularrechtsgeschäfte, die nur so und nicht anders vorgenommen werden können - (so, wie es früher bei den autonomen Satzungen der preußischen Universitäten der Fall war). Bei dem Neuen AktG (insbesondere § 23 Abs. 4) geht es dagegen um eine erhebliche Erweiterung des ius strictum zu Lasten der Freiheit des Gründerwillens. Vgl. zu alledem grundsätzlich: Hirsch, Türkisches Aktienrecht, S. 9, 11; Hirsch, Leitfaden S. 168.

20) Vgl. zur folgenden Differenzierung die grundsätzliche Zusammenstellung bei Beitzke a.a.O. S. 32 f., 43 - 47, Gschnitzer § 18 A I_3 S. 99 f. Eine weitere Differenzierung kann sich daraus ergeben, daß die hier behandelten "Normativbestimmungen" zuweilen nicht zwingend sind, also z. B. das Fehlen der Registeranmeldung als solches den Erwerb der Rechtsfähigkeit dann nicht hindert (vgl. dazu Gschnitzer § 18 A III_2 S. 101 unter Hinweis auf Beispiele aus dem österreichischen Recht: ÖVP, SPÖ, KPÖ trotz Nichtanmeldung rechtsfähige Vereine).

es für eine politischen Zwecken zugewandte Körperschaft, ein den Erwerb der Rechtsfähigkeit ausschließendes polizeiliches Veto zu vermeiden.

Strukturell sind im vorliegend erörterten Bereich der vermittelnden Lösungen zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

Erwerb der Rechtsfähigkeit - wie bei den zuvor erörterten Alternativen - unmittelbar durch Verwaltungsakt, aber mit der Besonderheit, daß die Behörde bei Vorliegen der im Gesetz bestimmten Voraussetzungen den die Rechtsfähigkeit verleihenden Verwaltungsakt erlassen muß;[21]

Erwerb der Rechtsfähigkeit abweichend von den zuvor erörterten Alternativen durch Erfüllung bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen, die gleichrangig neben einem (sie lediglich deklaratorisch feststellenden) Verwaltungsakt stehen[22].

Der Bereich der vermittelnden Lösungen grenzt mit seiner freizügigsten Nuance - der Staat begnügt sich mit dem Aufstellen einiger zwingender Satzungsbestimmungen - an den eingangs bezeichneten anderen Ausgangspunkt der Skala: minimale Bindung der Rechtsfähigkeit an staatliche Einflußnahme. Zur Abgrenzung dieses Bereichs ist zwischen zwei grundsätzlich verschiedenen Fragen zu differenzieren:

Welche Voraussetzungen müssen vorliegen, damit man von einer Körperschaft im Rechtssinn sprechen kann?

Welche Voraussetzungen müssen vorliegen, damit eine solche Körperschaft als rechtsfähig angesehen wird?

---

21) Vgl. zustimmend dazu, daß diese Ausgestaltung von den vorangegangenen Alternativen zu trennen und hierher zu rechnen ist: Gschnitzer § 18 A I$_3$ S. 99; Pisko § 102 S. 388 f., Beitzke a.a.O. S. 41 und m.w.N.

22) Vgl. zu dieser begrifflichen Abgrenzung Beitzke a.a.O. S. 41, 43 ff.; Nipperdey bei Enneccerus § 106 III 3 S. 638, Coing bei Staudinger a.a.O. Einl. VIII 3 b zu §§ 21 ff. BGB (Rdn. 34).

Die Differenzierung zwischen maximaler und minimaler staatlicher Einflußnahme kann sich nur auf dem Gebiet des zuletzt angesprochenen Aspekts ergeben. Denn der notwendige tatsächliche Unterbau für den Erwerb der juristischen Persönlichkeit - Existenz eines körperschaftlich organisierten Gebildes - ist bei jedem Intensitätsgrad staatlicher Einflußnahme in gleichem Umfang erforderlich.

In der hier somit entscheidenden zweiten Frage zeichnen sich für den Bereich der freiesten Ausgestaltung Grenzen kraft Sachnotwendigkeit ab. Keine Rechtsordnung kann - ohne sich selbst zu negieren - die Rechtsfähigkeit solchen Körperschaften zuerkennen, deren Satzung darauf gerichtet ist, den für alle Rechtssubjekte geltenden Normen, z. B. den allgemeinen Strafgesetzen, zuwiderzuhandeln. Hiermit ist - vom Extrem ausgehend - die Untergrenze des Bereichs minimaler staatlicher Einflußnahme festgelegt[23]. Die nur gedanklich bestehende Möglichkeit, Freiheit der Körperschaftsbildung erst dann anzunehmen, wenn die Rechtsordnung den Erwerb der Rechtsfähigkeit ausschließlich an die Existenz der Körperschaft knüpft, scheidet für die vorliegende Betrachtung aus. Denn vorliegend geht es darum, eine Grundlage dafür zu schaffen, real geltendes oder in Geltung gewesenes Recht systematisierend zu betrachten und hieraus Schlußfolgerungen für die Rechtsanwendung herzuleiten.

---

23) Letzteres Erfordernis entspricht der herrschenden Meinung, da sie die mit diesem Vorbehalt ausgestattete Regelung des Idealvereins nach schweizerischem Recht (Art. 52 Abs. 3 ZGB) dem - extremen - Bereich der freien Körperschaftsbildung zurechnet (vgl. - mit Kritik in der Sache selbst - Beitzke ZHR 108 S. 32 ff. - 51 -). Daher dürften die hierüber hinausgehenden Formulierungen bei Leonhard (§ 37 III a a S. 112: Vereinsfreiheit ist unbedingte Anerkennung aller von Beteiligten geführten Zweckverwaltungen), Matthiaß § 28 A 1 S. 95, nur mit dieser Einschränkung zu verstehen sein. Ausdrücklich zustimmend zu obiger Formulierung: Kuhlenbeck Vorbem. I 1 vor §§ 21 ff. BGB.

Die Obergrenze des Bereichs der minimalen Bindung gegenüber der freizügigsten Nuance der Mittellösungen ergibt sich in ihrem grundsätzlichen Verlauf aus dem Kern der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit: Möglichkeit für die Gründer, zwischen mehreren mit der Rechtsordnung zu vereinbarenden Gestaltungen frei zu wählen. Der Bereich der minimalen Bindung endet also dort, wo der Staat in den Vorschriften, deren Beachtung für den Erwerb der Rechtsfähigkeit erforderlich ist, unter mehreren in Betracht kommenden Alternativen ein bestimmtes Leitbild der rechtsfähigen Körperschaft ausgewählt hat und nur bei Vorliegen einer dementsprechend ausgestalteten Körperschaft den Erwerb der Rechtsfähigkeit eintreten läßt. Wann zwingende Vorschriften betreffend Ausgestaltung der Körperschaft Ausdruck eines den Gründern aufgezwungenen Leitbildes sind[24] und damit dem Bereich der Gebundenheit zugehören, hängt von der materiellen Tragweite der betreffenden Bestimmungen ab und ist daher nur vor dem Hintergrund der konkreten Rechtssituation zu erkennen.

Der Kreis der denkbaren Möglichkeiten für den Staat, sich in bezug auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften zu verhalten, wird durch das Rechtsphänomen der sogenannten Teilrechtsfähigkeit erweitert[25]. Da die Rechts-

24) Keine spezifisch körperschaftsrechtliche Einflußnahme bedeutet es, wenn das Gesetz die schlichte Schriftform für die Erklärung des Gründerwillens fordert. Denn hierdurch wird lediglich eine im Rechtsverkehr für Dauerrechtsverhältnisse übliche und die Willensbildung der Gründer nicht beeinflussende Erklärungsform verlangt. Die zwischen der deutschrechtlichen Genossenschaftstheorie und der römischrechtlichen Korporationstheorie streitige Frage, ob der Staat stets an der Begründung der Rechtspersönlichkeit mitwirken müsse (vgl. dazu Gierke S. 15 ff., Windscheid-Kipp § 60 S. 280) hat für die vorliegende Arbeit nur in Einzelaspekten Bedeutung und wird dementsprechend an dieser Stelle nicht zusammenhängend dargestellt.

25) Wegen Begriffsbestimmung und Einzelabgrenzung wird hier aus den oben im Text erörterten Gründen lediglich bezug

Fortsetzung der Fußnote 25 siehe S. 64

fähigkeit zum Inhalt hat, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, und ihr Umfang weder begrifflich noch aus Gründen der Sachlogik alle Rechtsbereiche umfassen muß, ist die Beschränkung der Rechtsfähigkeit auf bestimmte Rechtsbereiche zulässig[26]. Dieses in verschiedenen europäischen Rechten[27] anzutreffende Phänomen der Teilrechtsfähigkeit ergibt eine Reihe besonders gearteter Kombinationsmöglichkeiten mit den zuvor bezeichneten Schattierungen staatlicher Einflußnahme auf den Erwerb der Rechtsfähigkeit. Die mit der Teilrechtsfähigkeit zusammenhängenden besonderen Ausgestaltungen sollen indessen im Rahmen der vorliegenden Arbeit unerörtert bleiben, da sie die Einheitlichkeit der Untersuchungsgrundlage gefährden und ohne wesentlichen Erkenntniswert für die Aufgabe der Arbeit sind[28].

Fortsetzung der Fußnote 25 von S. 63.

genommen auf Fabricius S. 13; Ostheim, S. 157 flg.; ferner - im Hinblick auf die "petite personnalité" des französischen Rechts: Schrag S. 149; Nipperdey bei Enneccerus § 106 III 3 S. 637 Fußerl. 21; Mugdan S. 601. Sinngemäß gegen den Begriff der Teilrechtsfähigkeit: Österr. VerfGH in Slg.Nr. 3193/57, indem dort bereits dann eine "juristische Person" für gegeben erachtet wird, wenn die Rechtsordnung dem betreffenden außermenschlichen Gebilde auch nur ein einziges Recht zubilligt.

26) Dabei ist z. B. an die Ausnahme bestimmter Rechtsbereiche wie Grundbuchverkehr zu denken - so § 13 II 6 Preuß. ALR für die nicht privilegierten societates mere personales -; vgl. ferner Mugdan, hier Fußnote 25, sowie Schnorr von Carolsfeld § 18 S. 236. Weitere Beispiele: RG in RGZ 4 S. 155 ff. (156) und RGZ 7 S. 164 ff. (168) - aus dem Bereich des gemeinen Rechts.

27) Vgl. dazu Nipperdey bei Enneccerus und Schrag hier Fußnote 25.

28) Dasselbe gilt für die sogenannte transitorische Rechtsfähigkeit (Bezugnahme auf Ostheim S. 165 ff.)

II. Begrenzung der denkbaren Intensitätsgrade staatlicher Einflußnahme im Bereich privater rechtsfähiger Körperschaften

Die soeben zu I vorgenommene Kennzeichnung der Intensitätsgrade staatlicher Einflußnahme auf das Entstehen rechtsfähiger Körperschaften geschah allein unter dem Gesichtspunkt der denkbaren Möglichkeiten. Dementsprechend bleibt abzugrenzen, ob sämtliche Intensitätsgrade im Bereich der privaten Körperschaften auftreten können oder ob etwa einige von ihnen allein dem Bereich der öffentlich-rechtlichen Körperschaften vorbehalten sind.[29)]

Zweifelhaft kann dies in den Fällen stärkster Einflußnahme des Staates sein -[30)] bei: Erwerb der Rechtsfähigkeit ausschließlich durch ein besonderes Gesetz, Erwerb der Rechtsfähigkeit durch Verwaltungsakt auf Grund eines

---

29) Zutreffend hebt Kissling S. 12 hervor, daß die rechtsfähige Körperschaft des Privatrechts und die des öffentlichen Rechts sich nicht in ihrem Wesen voneinander unterscheiden, sondern nur in ihrem Aufgabengebiet und der Einzelausgestaltung. Die im Grundsätzlichen bestehende Einheit von Privat- u. öffentlichem Recht hebt Rehbinder S. 158 a. E. (159) m.w.N. hervor.

30) Historische Beispiele dafür, daß bei diesem Intensitätsgrad staatlicher Einflußnahme die Grenzen der Zuordnung einer Körperschaft zum privatrechtlichen oder zum öffentlich-rechtlichen Bereich flüssig sind, stellen die maonae - auch montes genannt - des italienischen Rechts sowie die Handelskompagnien des niederländischen, englischen und preußischen Rechts dar, die durch gesetzesgleichen landesherrlichen Staatsakt (octroi) die Rechtsfähigkeit erlangten. Sie wiesen privatrechtlichen Unterbau auf (freie Beteiligung), trugen indessen starke - je nach Einzelfall auch überwiegende - öffentlich-rechtliche Züge (Vorrechte gegenüber anderen Personen, Wahrnehmung staatlicher Aufgaben z. B. im Bereich öffentlicher Investitionen). Vgl. zu diesen rechtsfähigen Körperschaften: Lehmann, Bd. I § 6 S. 61; Baumbach-Hueck Einl. II, Rdn. 6; Schwarz S. 1; Meyer-Landrut/Schmidt in Großkomm. AktG, Einl. Bd. I; Pisko § 100 S. 377.

Gesetzes, das diesen Vorgang von einer im freien Ermessen des Staates stehenden Verleihung abhängig macht.[31)]

Um das zu klären, bedarf es der Abgrenzung der Körperschaft des Privatrechts von der des öffentlichen Rechts. Eine positiv-rechtliche Regelung besteht in Deutschland nicht[32)]. Die Abgrenzungsmerkmale ergeben sich allein aus den von Lehre und Rechtsprechung eruierten allgemeinen Rechtsgrundsätzen[33)]. Die Abgrenzung ist hiernach nur auf Grund einer Würdigung des gesamten Erscheinungsbildes der betreffenden Körperschaft möglich[34)].

An erster Stelle muß berücksichtigt werden, in welcher Weise die rechtsfähige Körperschaft entstanden ist. Hat der Staat auf die Schaffung der Organisation entscheidenden Einfluß genommen und besteht sog. Zwangsmitgliedschaft[35)],

---

31) Zur genauen Umgrenzung dieser Alternativen staatlicher Einflußnahme vgl. oben I, Fälle 1 - 3.

32) Vgl. z. B. Coing bei Staudinger, Einl. VI 3 z. §§ 21 ff BGB (Rdn. 10) m.w.N.

33) Vgl. besonders die zusammenfassenden Darstellungen von Coing bei Staudinger - Fußnote 32 - und Kissling S. 9, 12 ff.

34) Insbesondere die in Fußnote 33 zitierten Autoren heben hervor, daß die im Text bezeichneten Umstände lediglich Indizien für die Zuordnung einer Körperschaft zum privaten oder zum öffentlichen Recht sind.

35) Coing bei Staudinger (Fußnote 32) m.w.N., Kissling S. 14, Fessler A I S. 1. Anwendungsfälle dieses und der weiteren, im nachfolgenden Text nebst Fußnoten 36 - 41 näher bezeichneten Unterscheidungsmerkmale zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privaten Körperschaft enthält das schweizerische Kantonalrecht. Die Kantone haben durchweg in ihren Einführungsgesetzen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (hier zitiert nach der Textsammlung bei Schönenberger in Zürcher Kommentar, Bd. VI Teile 1 - 3) das ihnen gemäß Art. 59 Abs. 3 ZGB überlassene Gebiet der ländlichen Genossenschaften eigenständig geregelt. Es handelt sich hierbei im wesentlichen um Holz-, Gemeinwerks-, Hydranten-, Mendle-, Forren- und Riedgenossenschaften.

Fortsetzung der Fußnote 35 siehe S. 67

so stellt dies ein wesentliches Kennzeichen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft dar. Dementsprechend kommt der ausdrücklichen Bestimmung im Errichtungsakt große Bedeutung zu[36]. In gleicher Weise ist erheblich, wie die Auflösung der Körperschaft geregelt ist. Bedarf es hierzu der staatlichen Mitwirkung, so weist das in der Regel auf eine öffentlich-rechtliche Körperschaft hin[37]. Gleichrangig ist zu berücksichtigen, ob und ggf. in welcher Weise die Körperschaft während ihres Bestehens der Staatsaufsicht unterliegt. Beschränkt sich der Staat nicht auf eine Art Mißbrauchsaufsicht - Prüfung, ob die Körperschaft die allgemeinen, d. h. für alle Personen geltenden Verbotsnormen

---

Fortsetzung der Fußnote 35 von S. 66.

Der Rechtsstatus dieser Korporationen ist teils so geregelt, daß sie - "öffentlichen Wohlfahrtszwecken" dienend - mit Beitrittszwang ausgestattet und alsdann vom Gesetz selbst als juristische Personen des öffentlichen Rechts bezeichnet werden. Ein Beispiel dieser Art bietet das Einführungsgesetz zum ZGB des Kantons Appenzell-Innerrhoden vom 30. April 1911 in den Artt. 30 Abs. 1 Satz 1, 31 Abs. 1. Als weiteres Merkmal der öffentlich-rechtlichen Körperschaft ist in Artt. 31 Abs. 1 Satz 1,2 Abs. 2, 30 Abs. 1 Satz 2 die umfassende Sachaufsicht des Staates (Gestaltung der Satzung, Stimmrechtsverteilung, Rechnungslegung) gekennzeichnet.

In den Kantonen, in denen die Zwangsmitgliedschaft nicht vorgesehen ist und es meist auch an dem weiteren Merkmal der Sachaufsicht fehlt, ist entweder durch die Gesetzessystematik oder direkt zum Ausdruck gebracht, daß die oben bezeichneten Genossenschaften dort nicht öffentlich-rechtlich organisiert sind (vgl. z. B. das Einführungsgesetz des Kantons St. Gallen vom 16. Mai 1911, Art. 58 Absatz 1; ferner Loi d'application du code civil suisse pour le canton de Fribourg - v. 22. November 1911 - Artt. 28, 27).

36) Coing bei Staudinger (Fußnote 32), Kissling S. 13 a. E., S. 14.

37) Kissling S. 15 m.w.N.

beachtet -, sondern übt er eine Sachaufsicht über die Verbandstätigkeit aus, so spricht dies wesentlich für das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft[38]. Daneben - in zweiter Linie - ist bedeutsam, ob der Körperschaft Staatshoheitsaufgaben übertragen sind[39]. Dieses letztere Merkmal ist angesichts der starken Ausdehnung des Staatshandelns insbesondere auf dem Gebiete der Daseinsvorsorge[40] und der infolgedessen häufig notwendig werdenden Übertragung von hoheitlichen Befugnissen auf private Vereinigungen in seiner Unterscheidungskraft beeinträchtigt.[41]

Die Anwendung der vorstehend ausgeführten Abgrenzungsmerkmale auf die eingangs bezeichneten Ausgestaltungen staatlicher Einflußnahme ergibt, daß hier nicht notwendigerweise öffentlich-rechtliche Körperschaften vorliegen. Denn der Erwerb der Rechtsfähigkeit ausschließlich durch besonderes Gesetz oder durch freien Verwaltungsakt auf Grund eines Gesetzes schließt nicht die der privaten Körperschaft wesentliche Gestaltung aus, daß die körperschaftliche Organisation - der tatsächliche Unterbau - durch freiwilligen Zusammenschluß einer Vielzahl von Personen entsteht[42]. Ebenso schließen die vorbezeichneten Wege des Erwerbes der Rechtsfähigkeit es nicht aus, daß die Auflösung der Körperschaft den Mitgliedern freigestellt ist, daß keine Sachauf-

---

38) Vgl. Kissling S. 16 zust. dazu, daß die alle Personen treffende negative Aufsicht des Staates - oben im Text als eine Art Mißbrauchsaufsicht bezeichnet - verschieden ist von der nur öffentlich-rechtliche Körperschaften treffenden positiven Aufsicht (Überwachung, daß der vom Staat vorgegebene Zweck von der Körperschaft möglichst erreicht werde), und daß hierin ein wesentliches Abgrenzungsmerkmal liegt.

39) Kissling S. 15 m.w.N.

40) Coing bei Staudinger (Fußnote 32) m.w.N.

41) Kissling S. 15; abw. Österr.VerfGH in Judikatur d.VerfGH, 2. Bd., Nr. 4413/1963, der die Ausstattung einer Körperschaft mit Hoheitsbefugnissen als ausreichend für die Annahme einer juristischen Person ansieht.

42) Zust. dazu, daß dies ein wesentliches Merkmal der privaten Körperschaft ist: Fessler AI S.1.

sicht in dem oben bezeichneten Sinne ausgeübt wird und daß die Körperschaft frei von Staatshoheitsaufgaben ist[43].

Angesichts dessen sind die oben zu I) gekennzeichneten denkbaren Intensitätsgrade staatlicher Einflußnahme für den in dieser Arbeit erörterten Bereich der privaten Körperschaften ohne Einschränkung zugrundezulegen.

B) Die Verwirklichung der denkbaren Möglichkeiten im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht

I. Überblick über die körperschaftsrechtliche Situation im 19. Jahrhundert als Vorbereitung des geltenden Rechts in

1) Deutschland

Die körperschaftsrechtliche Situation des 19. Jahrhunderts in Deutschland ist durch die gleiche Wechselwirkung gekennzeichnet, die die Rechtsentwicklung der anderen europäischen Staaten beherrscht[44]. Während die hier bis

43) Dem stimmen Coing bei Staudinger (Fußnote 32) und Kissling S. 14, 17 sinngemäß zu, indem sie hervorheben, daß die oben im Text erörterten Umstände lediglich Indizien seien.

44) Die grundlegende Bedeutung des 19. Jahrhunderts für das geltende Verbandsrecht hebt Seiler (S. 10) hervor. Ergänzend sei auf die vorangegangene historische Entwicklung hingewiesen: Während in der Zeit der athenischen Demokratie und der römischen Republik Vereinsfreiheit herrschte, war die anschließende Epoche der römischen Kaiserzeit durch nahezu völlige Unterdrückung des privaten Vereinswesens gekennzeichnet. Das Mittelalter wiederum führte zu einer Blüte der privaten Vereinsbildung, die indessen vom nachfolgenden Absolutismus zerstört wurde (vgl. zu alledem Menger S. 20 f., 22; sowie Abderhalden, S. 12; ferner - zur Situation im römischen Recht - Endemann Bd. I § 44 Fußerl. 3 S. 198; Nipperdey bei Enneccerus § 106 IV S. 638; Leonhard § 37 III a S. 112). In neuerer Zeit hat sich die Tendenz gezeigt, gleichsam in Rückkehr zu der sozialen

Fortsetzung der Fußnote 44) s. Seite 70

etwa gegen Mitte des vorigen Jahrhunderts verbreitet gewesene Polizeistaatlichkeit absolutistischen Ursprungs mit einer weitgehenden Beschränkung des privaten Vereinigungswesens verbunden war[45], entfaltete es sich insbesondere im Lauf der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts in reichem Umfang[46]. Der tragende Grund für diese Entwicklung ist in der bereits erörterten Interessensituation des Staates zu sehen. In dem Maße, wie der Staat nach seiner Zielsetzung und Struktur im konkreten Falle an einer umfassenden, ins Einzelne gehenden Reglementierung des Lebens der Bürger interessiert ist, nimmt er - als sogenannter Polizeistaat[47] - die mit der Existenz insbesondere rechtsfähiger privater Vereinigungen verbundenen Gefahren zum Anlaß, die ihm unheimlichen - da nicht bis ins Letzte steuerbaren - Gebilde möglichst zu verhindern. Diese Motivation kommt deutlich in den - durch die historische Entwicklung des

---

Fortsetzung der Fußnote 44 von S. 69.

Funktion der Verbände im Mittelalter die großen Verbände, z. B. Gewerkschaften, Industriespitzenverbände, an der Erfüllung staatlicher Aufgaben mitwirken zu lassen. Hierauf weist Seiler (Einl. S. 4 Fußerl. 3) hin.

45) Vgl. dazu Ruck, 1. Bd. § 21 II S. 193.

46) Vgl. dazu Hedemann S. 39 f., Menger S. 52 - 54.

47) Wegen d. Begriffs vgl. oben 1. Kapitel § 1 B II 1 Fußnote 75; ferner Ruck Schweizerisches Verwaltungsrecht § 21 II S. 193; Abderhalden S. 12.

19. Jahrhunderts gerade in Deutschland mit Beispielen belegten - verschiedenen Intensitätsstufen der staatlichen Einflußnahme zum Ausdruck. Während Vereinigungen mit politischen Zielen als besonders gefährlich verboten oder zumindest stark kontrolliert[48] werden, bleiben Vereine mit anderer Zielsetzung im wesentlichen außerhalb einer intensiven Kontrolle[49]. Das gilt insbesondere für die Handelsgesellschaften, deren wirtschaftliche Erfolge für den Polizeistaat mit seinem großen Staatskostenaufwand lebensnotwendig waren. Erst den diktatorisch regierten Staaten des 20. Jahrhunderts ist es vorbehalten geblieben, auch letztere Bereiche einer intensiven, alle privaten Interessen ausschließenden Reglementierung zu unterwerfen[50]. Die in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts stärker werdende liberale Staatsauffassung hat demgegenüber zu einer immer deutlicheren Entwicklung der staatlichen Einflußnahme auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften als bloße Mißbrauchsaufsicht geführt[51]. Aus dieser Situation

---

48) Ein Relikt aus dieser Zeit ist § 61 Abs. 2 BGB a.F. (ähnlich oben 1. Kapitel § 1 B II 1 Fußnote 80), vgl. ferner Canstein § 26 C III S. 465 (Kontrolle der Gründung von Aktiengesellschaften i. d. 2. Hälfte des vorigen Jahrhunderts zunächst nur auf die Verfolgung verbotener politischer Tendenzen, dabei Außerachtlassung des Gläubigerschutzes).

49) Abderhalden a.a.O. S. 14, Menger S. 52 a. E.

50) Typisches Beispiel ist der NS-Staat mit seiner umfassenden Eingliederung aller gesellschaftlichen Bereiche in den staatlichen Parteiapparat und Verstaatlichung großer Unternehmen. Vgl. hierzu die Darstellungen von Huber in Handbuch Bd. I Gruppe 2 Beitrag 19 ("Staat und Wirtschaft", S. 10 ff.), Heß, ebenda, Bd. III Beitrag 65 ("Privatversicherung" S. 5 ff.).

51) Ähnlich Abderhalden a.a.O. S. 12 ff.; Menger S. 63 f.

heraus, die nachstehend für die wesentlichen Elemente des deutschen Rechts des 19. Jahrhunderts - preußisches, sächsisches, bayerisches, badisches gemeines Recht[52] - kurz skizziert werden soll, ist das geltende Recht zu begreifen.

(a) An erster Stelle hat ein - im Verhältnis zu den übrigen Erörterungen umfassender - Überblick über das Recht von Verein und Aktiengesellschaft in Preußen zu stehen, da das preußische Recht mehr als die vorbezeichneten übrigen Elemente für das spätere Reichsrecht[53] - und damit zugleich für das geltende Recht - Grundlage geworden ist.

Das preußische Recht regelte den Rechtsstatus der Vereine in Teil II Titel 6 §§ 1 ff ALR[54]. Nach diesen

---

52) Vgl. zust. zu dieser Einteilung Menger S. 54 a.E., S.55; ähnlich: Brändl bei Staudinger Einl. I 3 z. I. Bd. Rdn.4.

53) So ausdrücklich für den Bereich des Aktienrechts: Keyßner S. 57, Canstein § 1 III S. 6, ähnlich Lehmann Bd. I § 7, S. 79, indem er auf die Bedeutung des preußischen Entwurfs eines Handelsgesetzbuches bei der Nürnberger Konferenz hinweist; für den Bereich des Vereinsrechts sinngemäß gleich: Menger S. 55, der die Erörterung des preußischen Rechts der des übrigen Partikularrechts und des gemeinen Rechts voranstellt.

54) Vgl. Dalcke bei Koch (Bd.III), Teil II Tit. 6 ALR Anm. 1, 2, 13; Menger S. 45 f. Die Regelung in Teil I Tit. 17 §§ 169 ff. ALR betreffend die Sozietäten ist dagegen nur auf die - den heutigen §§ 705 ff BGB vergleichbar - sog. Erwerbsgesellschaften zu beziehen, die im Gegensatz zu Verein und Aktiengesellschaft keine korporative Verfassung aufweisen; vgl. ROHG in ROHGE 18 S. 398, Johow bei Koch (Bd. II) Teil I Tit. 17 ALR Anm. 37 f; Menger S. 45. Vgl. ferner Baron S. 24 (Hinweis auf den Weg des § 42 II 19 ALR).

Vorschriften stellte die erlaubte Privatgesellschaft den Regelfall der korporativ gestalteten Personenvereinigung dar[55]. Sie war - in den Grenzen der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung - grundsätzlich frei zu bilden[56], hatte indessen nicht die volle Rechtsfähigkeit[57]. Lediglich in einzelnen Bereichen konnte sie gleich selbständigen Trägern von Rechten und Pflichten auftreten[58]. Diesen erlaubten Privatgesellschaften stand als Ausnahmeerscheinung der rechtsfähige Verein gegenüber[59]. Nur den durch eine besondere staatliche Genehmigung privilegierten Personenvereinigungen kam die volle Rechtsfähigkeit zu[60]. Die Zahl

---

55) So sinngemäß Dalcke bei Koch, Teil II Tit. 6 Anm. 11, indem er auf den Sonderfall der drei Freimaurerlogen hinweist (ähnlich Menger S. 45 f.). Den Regelfall bilden demnach die in Teil II Tit. 6 §§ 1 ff. ALR behandelten teilrechtsfähigen societates mere personales (vgl. oben Fußnote 26), die sich - wie in Fußnote 62 belegt - von den societates negotiatoriae (quaestuatoriae) in Teil I Tit. 17 §§ 169 ff. ALR in ihrer Struktur grundlegend unterscheiden.

56) Menger S. 45 f.; Türcke § 21 BGB Anm. 1 zu b).

57) Kuhlenbeck Bd. I Vorbem. I_1(2) vor §§ 21 ff. BGB, Baron S. 20 a. E., 21.

58) Der Inhalt der eingeschränkten Rechtsfähigkeit (=Teilrechtsfähigkeit) im einzelnen ergibt sich aus Teil II Tit. 6 §§ 13, 11, 14, 17, 21 ALR.

59) Die Rechtsstellung der rechtsfähigen (privaten) Korporation ergibt sich im einzelnen aus Teil II Tit. 6 §§ 22, 25, 26, 81 ALR.

60) Dies ist im Gesetz besonders zum Ausdruck gebracht; vgl. einerseits Teil II Tit. 6 § 13 ALR (teilrechtsfähige Korporation), Teil II Tit. 6 § 81 ALR andererseits (vollrechtsfähige Korporation); vgl. zustimmend zu dieser Gegenüberstellung Kuhlenbeck (Fußnote 57) und Türcke (Fußnote 56).

dieser Vereinigungen blieb gering[61]. Erst durch die sich im späteren Verlauf des 19. Jahrhunderts vollziehende Entwicklung der juristischen Personen des Handelsrechts, die in erheblicher Anzahl ganz oder überwiegend ideellen Zwecken dienten und nicht dem strengen Privilegzwang unterlagen, ist der Kreis der strukturell zu den rechtsfähigen Privatvereinen zu zählenden Körperschaften größer geworden[62].

Für die Aktiengesellschaft enthielt das preußische ALR keine Vorschriften[63]. Die Aktiengesellschaft, deren Vorläufer im wesentlichen die "maonae/montes" des italienischen Rechts und die Reedereien des niederländischen Rechts[64] sind, fand ihre erste umfassende Regelung im französischen Code de commerce von 1807 [65]. Von dieser Rechtsquelle aus[66], die insbesondere infolge der napoleonischen Herrschaft über weite Teile Europas in das Recht vieler anderer Staaten Eingang fand, haben sich Ausstrahlungen auch auf Preußen ergeben. In einzelnen rheinischen Landesteilen

---

61) Von der Möglichkeit der Verleihung der Vollrechtsfähigkeit wurde z. B. bei einigen Logen Gebrauch gemacht; vgl. Dalcke bei Koch, Teil II Tit. 6 Anm. 11. Wegen weiterer Beispiele vgl. Baron S. 23 Fußerl. 4, S. 24 Fußerl. 1 - 4.

62) Dalcke bei Koch, Teil II Tit. 6 ALR Anm. 13, wegen der erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts eintretenden Änderung vgl. auch Mugdan Bd. I S. 600. Mit Recht weist Beitzke (ZHR 108 S. 32 flg.-S. 34) auf den Widersinn hin, daß trotz der Proklamierung des Grundsatzes der Vereinigungsfreiheit - insbesondere in den vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts (vgl. Menger S. 53) - an dem Erfordernis der besonderen staatlichen Genehmigung für den Erwerb der Rechtsfähigkeit festgehalten wurde.

63) Preuß.Obertribunal in OTrE 61 S. 194, ferner Johow bei Koch Teil I Tit.17 Anm. 37 vor §§ 169 ff, Lehmann Bd. I § 7 S. 77; Baron S. 70.

64) Vgl. oben Fußnote 30.

65) Vgl. Lehmann Bd. I § 7 S. 68; Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG Einl.Bd. I.

66) Lehmann (Fußnote 63), Pisko § 2 S. 8 f.

Preußens galt der Code de commerce in mehr oder weniger abgewandelter Form unmittelbar[67], für die übrigen Landesteile zeigt sich die Ausstrahlung des Code de commerce darin, daß einzelnen Gesellschaften durch Privileg die Rechtsfähigkeit als Aktiengesellschaft verliehen wurde[68]. Eine erste einheitliche Regelung brachte das preußische Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 9. Nov. 1843 [69]. Dieses Gesetz erfaßte sowohl die auf Handelsgeschäfte gerichteten als auch die anderen Zwecken dienenden Aktiengesellschaften[70] und sah für beide Erscheinungsformen den Erwerb der Rechtsfähigkeit durch landesherrlichen Verleihungsakt vor[71]. An dem hierdurch geschaffenen Rechtszustand änderte sich

---

67) Als Beispiel ist die preußische Rheinprovinz zu nennen, in der der Code de commerce zusammen mit dem Code civil - durch den geographischen Zusammenhang mit dem französischen Rechtsgebiet begünstigt - noch längere Zeit nach dem Ende der napoleonischen Herrschaft fortgalt. Vgl. hierzu Menger S. 55, Lehmann (Fußnote 63).

68) Bei diesen durch landesherrlichen Verleihungsakt mit der vollen Rechtsfähigkeit ausgestatteten körperschaftlichen Vereinigungen handelte es sich um Versicherungs-, Handels- oder den öffentlichen Belangen (Verkehr, Siedelung) dienende Gesellschaften; vgl. Lehmann (Fußnote 63), Baron S. 70.

69) Hirsch, Leitfaden, § 45 S. 158, Keyßner S. 57, Lehmann (Fußn. 63).

70) Keyßner S. 57 f. Beispiel für eine nicht auf Handelsgeschäfte gerichteten Aktiengesellschaft: Theater-Betriebs-AG (vgl. Pisko § 100 S. 378).

71) Vgl. § 8 des (preußischen) Gesetzes über die Aktiengesellschaften vom 9. Nov. 1843 (Preuß. Gesetzes-Slg. 1843 S. 341 ff.).

erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts etwas[72]. Den Anfang dieser Entwicklung bildete die Nürnberger Konferenz zur Schaffung eines einheitlichen deutschen Handelsgesetzbuches[73], als deren Ergebnis das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch - im Wege der Einführung als Landesgesetz in den beteiligten Staaten[74] - auch in Preußen Eingang fand[75] und für die auf Handelsgeschäfte gerichtete Aktiengesellschaft besondere Vorschriften traf[76].

---

72) Eine eingehende Darstellung der sich nur in kleinen Schritten vollziehenden Änderung der Rechtssituation in Richtung auf die spätere reichsgesetzliche - dem heutigen Rechtszustand gleichkommende - Lösung gibt Keyßner S. 57 - 63.

73) Die auf Grund des Beschlusses des Deutschen Bundestages vom 18. Dez. 1856 einberufene Konferenz zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs führte nach fast fünfjähriger Beratung von 1857 - 1861 zu einer umfassenden Einigung der beteiligten deutschen Staaten. Vgl. im einzelnen hierzu: Bondi bei Staub, Allg. Einl. I Anm. 1; Canstein § 1 III S. 6 f., Lehmann S. 78 f, Bd. I § 7.

74) Dem Deutschen Bund fehlte die eigene Gesetzgebungsgewalt, um von sich aus ein einheitliches Handelsgesetzbuch in den Mitgliedstaaten in Kraft treten zu lassen, die Einführung in den Mitgliedstaaten vollzog sich indessen im wesentlichen reibungslos; vgl. Bondi bei Staub, v. Canstein, Lehmann - sämtlich wie zuvor Fußnote 73.

75) In Preußen wurde das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch im Jahre 1861 eingeführt (vgl. Bondi bei Staub - oben Fußnote 73 -; Keyßner S. 58).

76) Der Umstand, daß die Regelungen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs sich nur auf Aktiengesellschaften bezogen, die ein Handelsgewerbe betrieben, führte in Preußen zu einer Zersplitterung des Rechts der Aktiengesellschaften (wegen der vergleichbaren Situation in Österreich vgl. unten Fußnote 147). Während die vorbezeichneten Aktiengesellschaften nunmehr dem neuen Recht unterlagen, galt für die übrigen - auch Zivil-Aktiengesellschaften genannt - das Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 9. Nov. 1843 fort. Das Unbefriedigende dieses Zustands hebt Keyßner S. 57 f. mit Einzelnachweisen hervor.

Nach Gleichstellung der auf andere Zwecke gerichteten Aktiengesellschaft[77] beseitigte das Gesetz vom 11. Juni 1870 das Erfordernis der besonderen staatlichen Genehmigung zum Erwerb der Rechtsfähigkeit[78]. An die Stelle der Verleihung trat der Erwerb der Rechtsfähigkeit "von Gesetzes wegen"; das Gesetz legte die Einzelerfordernisse fest, bei deren Erfüllung die als Körperschaft vorhandene Aktiengesellschaft rechtsfähig wurde[79]. Die Erschwernisse, die insbe-

---

77) Die notwendige Gleichstellung (vgl. zuvor Fußnote 76) geschah durch Gesetz vom 15. Feb. 1864 (Preuß. Gesetzes-Slg. 1864 S. 57 ff.), dessen § 1 das Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 9. Nov. 1843 nunmehr vollständig aufhob, und dessen § 2 die "Zivil-Aktiengesellschaften" dem Recht des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs unterstellte. Das Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 11. Juli 1870 (BGBl. S. 375) dehnte dies auf das gesamte Bundesgebiet aus.

78) Die sog. Konzessionsbedürftigkeit ergab sich aus Artt. 174, 208, ADHGB (vgl. dazu Schmidt/Meyer-Landrut (oben Fußnote 30 a.E.)). Das Gesetz vom 11. Juni 1870 (Zitat Fußnote 85 a.E.) ließ die für alle, d. h. auch für natürliche Personen geltenden Vorschriften unberührt, nach denen bestimmte Tätigkeiten - gleichviel, wer sie ausübt - der staatlichen Bewilligung ("Konzession") bedürfen, z. B. der Betrieb von Schießpulverfabriken, Gaserzeugung. Vgl. Auerbach S. 3 f., Keyßner S. 76 f.; Gierke S. 28 Fußerläuterung 1. Das insoweit abgeänderte Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch war zuvor durch Gesetz vom 5. Juni 1869 Gesetz des Norddeutschen Bundes geworden. In seiner abgeänderten Fassung wurde es 1871 Reichsgesetz (vgl. im einzelnen Bondi bei Staub - Fußnote 30 -).

79) Ob die für diese Regelung allenthalben gebrauchte Bezeichnung "System der Normativbestimmungen" (vgl. z. B. Pinner bei Staub, § 178 HGB Anm. 12; Lehmann - oben Fußnote 53 - S. 79; Baumbach-Hueck Einl. II 1 Rdn. 6; Windscheid-Kipp § 60 Fußerl. 2 S. 281) zutrifft, bleibt der späteren Einzeluntersuchung im folgenden § 2 dieser Arbeit vorbehalten.

sondere das Gesetz vom 18. Juli 1884 [80] als Reaktion auf die Mißbräuche im Aktienwesen während der sogenannten Gründerzeit[81] schuf, änderten nichts daran, daß die Rechtsfähigkeit nunmehr ohne Verleihungsakt entstand[82]. Das ist in das geltende Recht übernommen[83].

(b) Ein im Grundsätzlichen vergleichbares Bild bietet das sächsische Recht[84]. Auch hier zeigte sich erst weit im Laufe des 19. Jahrhunderts ein Nachlassen der staatlichen Einengungen des privaten Vereinswesens, die sich insbesondere auf den Erwerb der Rechtsfähigkeit bezogen[85]. Trotz

---

80) Das im Reichsgesetzblatt (S. 123) verkündete - und daher auch in Preußen gültige - Gesetz schuf zugunsten der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger die in das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 übernommmenen und im wesentlichen auch dem geltenden Aktienrecht mit zugrundeliegenden Schutzbestimmungen. Sie bezogen sich hauptsächlich auf die Klarlegung und Prüfung der Gründungsverhältnisse sowie auf die Haftung im Falle unzureichender Prüfung. Vgl. näher hierzu: Meyer-Landrut/Schmidt (oben Fußnote 30 a. E.) S. 2; Lehmann Bd. I § 7 S. 80 f.; Schwarz S. 1 a. E. § 2.

81) Vgl. hierzu oben 1. Kapitel Fußnote 91.

82) Vgl. Schwarz S. 1 a. E., S. 2

83) Vgl. z. B. Baumbach-Hueck Einl. II 1 Rdn. 6.

84) Die einzelnen Entwicklungsabschnitte sind zwar nicht immer parallel den Verhältnissen des preußischen Vereins- und Aktienrechts verlaufen, doch ist die grundsätzliche Tendenz gleich: Absehen von der starren Bindung des Entstehens der rechtsfähigen Korporation an staatliche Bewilligung im Einzelfall, Hinwendung zum Erwerb der Rechtsfähigkeit bei Vorliegen bestimmter gesetzlich festgelegter Erfordernisse. Vgl. zu dieser Tendenz im Vereinsrecht: Gierke S. 35; Menger S. 56; für den Bereich des Aktienrechts mit Hinweis darauf, daß es auf diesem Gebiet - anders als in Preußen - bis zur Schaffung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs lediglich zum Entwurf eines Gesetzes über das Aktienwesen gekommen war: Lehmann Bd. I § 7 S. 78 Fußerl. 1.

85) Vgl. z. B. Hedemann S. 44.

der grundsätzlichen Entscheidung des Deutschen Bundes für die Freiheit des Vereinswesens[86] beharrte das Königreich Sachsen zunächst auf der sog. Konzessionsbedürftigkeit privater rechtsfähiger Vereine und ging erst Ende der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts dazu über, den Erwerb der Rechtsfähigkeit allein von der Erfüllung im einzelnen gesetzlich festgelegter Tatbestandsmerkmale abhängig zu machen[87].

Eine parallele Entwicklung zeigte sich bei den Aktiengesellschaften. Nach einem längeren Entwurfsstadium[88] fand die Aktiengesellschaft erst durch die Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs Eingang und bedurfte dementsprechend - bis zum Jahre 1870 - zum Erwerb der Rechtsfähigkeit der besonderen staatlichen Genehmigung. Die weitere Entwicklung - nunmehr reichseinheitlich - ist bereits oben dargestellt und bedarf daher hier keiner weiteren Erörterung.

---

86) Art. VIII §§ 161 f. der von der Frankfurter Nationalversammlung geschaffenen sog. Paulskirche-Verfassung (vgl. dazu z. B. Menger S. 53).

87) Das Beharren auf dem Erfordernis der sog. Konzession ergibt § 18 Satz 2 des Königlich Sächsischen Gesetzes betreffend das Vereinswesen und Versammlungswesen vom 22. Sept. 1850, zitiert nach Menger S. 53 f. Fußerl. 24. Von der Konzessionsbedürftigkeit geht noch § 52 des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1865 aus.

Die Wandlung vollzog sich erst mit dem sächsischen Gesetz betreffend die juristischen Personen vom 15. Juni 1868 - dort insbesondere § 10, 11 -, durch das nunmehr ein Anspruch auf Erwerb der Rechtspersönlichkeit begründet wurde (vgl. Menger S. 63, Hedemann - Fußn. 85 -, Gierke - S. 35), und zwar - parallel der Entwicklung auf handelsrechtlichem Gebiete - unter Anwendung des Prinzips der Registereintragung (vgl. §§ 6, 10, 12, 70, 72 Abs. 2 des o.a. Gesetzes).

88) Vgl. Lehmann Bd. I § 7 S. 78 Fußerl. 1.

(c) Ähnlich verhält es sich mit der körperschaftsrechtlichen Entwicklung in Bayern.

Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis[89] unterschied - gleich dem preußischen ALR - zwischen der für vorübergehende Zwecke bestimmten societas[90] und der auf Dauer sowie Eigenständigkeit angelegten Gemeinde. Letztere ist - von dem Urheber des Codex Maximilianeus Bavaricus, Freiherr von Kreittmayer, als "persona moralis, mystica oder ficta" bezeichnet[91] - dem rechtsfähigen Verein vergleichbar[92]. Sie konnte die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung erwerben[93]. Eine Lockerung der

---

89) Der Codex Maximilianeus Bavaricus von 1756 ist - wie gerade die Regelung der rechtsfähigen privaten Körperschaft ergibt (vgl. dort lib. V cap. 30 §§ 1 ff) - durch ausgeprägte gemeinrechtliche Züge gekennzeichnet und weist daher die für das Rechtsdenken der Kanonisten typische Vermischung der privatrechtlichen mit den öffentlich-rechtlichen Aspekten der staatlichen Mitwirkung bei dem Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften auf. Wegen dieser Eigenart der Kanonistik vgl. z. B. Gierke S. 15 f.; die Auswirkung der gemeinrechtlichen Auffassung auf den Codex Maximilianeus Bavaricus hebt insbesondere Menger S. 47, 44 hervor.

90) Die societas im Sinne einer den Rechtsgebilden der §§ 705 ff. BGB ähnlichen Personenmehrheit, also ohne korporative und damit auf Dauer gerichtete Verfassung, ist im Codex Maximilianeus Bavaricus in lib. IV cap. 8 § 2 geregelt (vgl. Menger S. 44 Fußerl. 65).

91) Insbesondere diese Begriffsbildung zeigt den gemeinrechtlichen Einfluß auf den Codex Maximilianeus Bavaricus; vgl. Menger S. 44.

92) Das bestätigt ein Vergleich mit den entsprechenden Vorschriften des preußischen ALR (dort Teil II Tit. 6 §§ 1 ff, 22 ff; dazu oben Fußnoten 54, 55).

93) Vgl. Menger S. 44 m.w.N.

hierbei zu beobachtenden einengenden Praxis trat infolge der Auswirkungen der Revolution von 1848 ein, indem das sog. Vereinsgesetz 1850 [94] für unpolitische Vereine gewisse Erleichterungen schuf[95]. Erst Ende der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts ging Bayern - ebenso wie Sachsen[96] - dazu über, den Erwerb der Rechtsfähigkeit allein von der Erfüllung gesetzlich festgelegter Voraussetzungen abhängig zu machen[97].

Die Entwicklung der Aktiengesellschaft in Bayern ist mit den für Sachsen dargestellten Verhältnissen[98] vergleichbar. Erst durch die Übernahme des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs fand die Aktiengesellschaft in Bayern Eingang, und zwar - wie im übrigen Geltungsbereich dieses Gesetzes[99] - bis zum Jahre 1870 mit dem Erfordernis der besonderen staatlichen Gestattung ("Konzession")[100]. Die auch in Bayern durchgeführte Unterscheidung zwischen der

---

94) Königlich-bayerisches Gesetz, die Versammlungen und Vereine betreffend, vom 26. Febr. 1850.

95) Vgl. dazu Art. 11 des Gesetzes (oben Fußnote 94).

96) Zur Entwicklung in Sachsen vgl. oben Text mit Fußnote 87; die sächsische Regelung geht im tatsächlichen Ergebnis nicht wesentlich über das bayerische Recht hinaus (a.A. Gierke S. 35).

97) Vgl. das Königlich-bayerische Gesetz, die privatrechtliche Stellung von Vereinen betreffend, vom 29. April 1869, dort insbesondere Artt. 2 und 3; hierzu Keyßner S. 62 Fußerl. 8 a, Hedemann S. 44, Baron S. 72.

98) Ein so weit wie in Sachsen gediehenes Entwurfsstadium weist die Rechtsentwicklung in Bayern indessen nicht auf.

99) Vgl. Bondi bei Staub (oben Fußn. 73).

100) Vgl. Auerbach S. 5.

Zivil-Aktiengesellschaft und der auf Handelsgeschäfte gerichteten Aktiengesellschaft war schon zuvor im Jahre 1869 [101] beseitigt worden. Die weitere Rechtsentwicklung entspricht der obigen Darstellung.

(d) Das badische Recht, das insbesondere auf Grund der historischen Entwicklung ein Abbild des französischen Rechts darstellt[102], weist in der Stellung des Staates zu den rechtsfähigen privaten Körperschaften keine wesentlichen Unterschiede auf gegenüber dem zuvor skizzierten Rechtszustand in Preußen, Sachsen und Bayern[103]. Grund hierfür ist, daß der in den letztgenannten Staaten herrschend gewesene Absolutismus[104] und die durch die Revolution von 1789 in Frankreich bis zum Extrem durchgeführte Doktrin der Staatssouveränität[105] im Ergebnis in einer Hinsicht übereinstimmten: Verhinderung privater - insbesondere rechtsfähiger - Körperschaften[106]. Für den Absolutismus war dabei die Furcht vor der "gemeinschädlich" wirkenden Kraft

---

101) Vgl. hierzu unter Hinweis auf das Gesetz vom 29. Apr. 1869: Keyßner S. 62 Fußerl. 8 a.

102) Vgl. Menger S. 55, der hervorhebt, daß das badische Landrecht von 1809) im wesentlichen eine Übersetzung des Code civil darstellt. Entsprechendes gilt auf handelsrechtlichem Gebiete (vgl. Lehmann Bd. I § 7 S. 77 mit Hinweis auf die in weiten Teilen Deutschlands anzutreffen gewesene Fortgeltung des Code de commerce und das Entstehen einer partikularrechtlichen Regelung ausschließlich in Preußen). Vgl. ferner Hedemann S. 41.

103) Vgl. Menger S. 55 f. (Fußerl. 34) mit Hinweis darauf, daß die öffentlich-rechtliche Vereinigungsfreiheit in Baden 1867 Wirklichkeit wurde.

104) Vgl. Menger S. 22 i.V.m. S. 44 - 56.

105) Vgl. Menger S. 41, 42 f.

106) Vgl. oben 1. Kapitel § 1 Fußn. 74.

privater rechtsfähiger Vereinigungen entscheidend[107]. Der Doktrin der Staatssouveränität lief das Vorhandensein privater rechtsfähiger Körperschaften aus grundsätzlichen Erwägungen zuwider, da diese Gebilde geeignet sind, durch ihre Existenz den umfassenden Machtanspruch des Staates gegenüber dem einzelnen Bürger zu dämpfen[108]. Dementsprechend vermied es der Code civil, die rechtsfähigen privaten Körperschaften überhaupt zu erwähnen[109]. Den einzigen Anhalt im Gesetz bot im badischen Recht das 2. Konstitutionsedikt von 1807, das für Körperschaften und Anstalten mit öffentlich-rechtlicher Zweckrichtung das Erfordernis der besonderen staatlichen Genehmigung vorsah[110]. Hieraus entwickelte sich die für die damalige Zeit herrschend gewordene Auffassung, daß grundsätzlich alle rechtsfähigen Körperschaften der staatlichen Genehmigung bedürften und lediglich - per argumentum e contrario - die nicht rechtsfähigen Vereine mit ideeller Zweckrichtung frei zu bilden seien[111]. Dieser Rechtszustand hatte zur Folge, daß die

---

107) Vgl. wegen dieser Formulierung des gedanklichen Kerns der absolutistischen Auffassung bezüglich rechtsfähiger privater Korporationen: Hedemann S. 45, Fußerl. 4 m.w.N., ähnlich Mugdan Bd. I S. 599.

108) Vgl. Menger S. 52, der zutreffend darauf hinweist, daß der Einzelne - um dem Staat nicht schutzlos ausgeliefert zu sein - der Machtmittel der Vereinigung mit anderen Individuen bedarf.

109) Vgl. Menger S. 41.

110) Vgl. Menger S. 55 a.E., S. 56; Hedemann S. 43 Fußerl. 3 m.w.N.

111) Vgl. Menger S. 56 m.w.N., Hedemann S. 42 f, Gierke S.34.

Gründer privater rechtsfähiger Vereinigungen zunächst einen anderen Weg beschritten, um ohne besondere polizeiliche Genehmigung zum Ziel - Schaffung einer privaten rechtsfähigen Körperschaft - zu gelangen. Sie gründeten statt des letztlich gewollten Vereins eine Aktiengesellschaft, deren Entstehen nicht den für die Vereine geltenden strengen Einengungen unterlag[112]. Mit diesem materiell als Zivilaktiengesellschaft einzustufenden Gebilde verfolgten sie die vorgesehenen ideellen Zwecke.

Auf aktienrechtlichem Gebiete verlief die Entwicklung ähnlich. Zwar bot der Code de commerce die rechtliche Grundlage für die Schaffung von Aktiengesellschaften. Das Entstehen von Aktiengesellschaft nach dem Recht des Code de commerce war indessen von der besonderen staatlichen Bewilligung abhängig[113]. Dieser auf das Entstehen von Aktiengesellschaften hemmend wirkende Zustand wurde erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts beseitigt, als die allgemeine Lockerung der staatlichen Einflußnahme dazu führte, die besondere staatliche Bewilligung durch das Erfordernis des Vorliegens bestimmter, im Gesetz einzeln bezeichneter Tatbestandsmerkmale zu ersetzen.

(e) Nachdem bisher der Rechtszustand in den Staaten skizziert worden ist, deren Partikularrecht für die weitere Entwicklung der privaten Körperschaften in Deutschland wesentlich wurde, gilt es abschließend einen kurzen Überblick über das in den meisten übrigen deutschen Staaten herrschend gewesene gemeine Recht zu geben[114].

---

112) Vgl. zu der parallelen französischen und badischen Rechtsentwicklung Hedemann S. 41 ff. Wegen der im Jahre 1833 beginnenden Entwicklung des badischen Vereinsrechts (Beratung des Vereinsgesetzes) wird auf Baron S. 44 - 46 bezug genommen.

113) Vgl. Artt. 37, 40, 45 a.a.O.; dazu Lehmann S. 79.

114) Dieses Einteilungsprinzip legt Menger S. 54 a.E., S. 55 zugrunde.

Das gemeine Recht galt überall dort, wo weder spezielles Landesrecht noch - wie in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts insbesondere auf aktienrechtlichem Gebiet[115] - Reichsrecht bestand[116]. Die körperschaftsrechtlichen Regeln des gemeinen Rechts, die inhaltlich das römische Recht in der durch die Kanonisten geschaffenen Fassung darstellten[117], zeigten eine Vermischung des ursprünglich im römischen Recht gesondert betrachteten Gesichtspunkts der öffentlich-rechtlichen Zulässigkeit der Bildung einer Körperschaft mit der Zuerkennung der Privatrechtsfähigkeit[118]. Entsprechend dieser Verquickung der rechtlich voneinander getrennt zu betrachtenden Gesichtspunkte ging das gemeine Recht davon aus, daß ein Verein - um die Rechtsfähigkeit zu erwerben - notwendigerweise der besonderen staatlichen Genehmigung bedürfe[119]. An diesem Rechtszustand änderte sich bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nichts[120]. Lediglich tatsächlich konnte sich die Praxis in den gemein-

---

115) Vgl. wegen des Reichsrechts oben Text zu (a) mit Fußnoten 78, 79, 80.

116) Vgl. zu dieser Abgrenzung des gemeinen Rechts Windscheid § 1 S. 1 f., § 2 S. 5 f.

117) Windscheid-Kipp § 2 S. 6 a.E.

118) Menger S. 57 f., Gierke S. 16 f. m.w.N.

119) Nipperdey bei Enneccerus Bd. I § 106 IV S. 638; Endemann Bd. I § 44 S. 198 Fußerl. 3, ferner vgl. hierzu Windscheid-Kipp § 60 Fußerl. 2 auf S. 281, Gierke S. 15 - 29, RG in RGZ 4 S. 155 f. (156), Menger S. 57 f, abw. Kuhlenbeck Bd. I Vorbem. I 1 (2) vor §§ 21 ff. ohne Begründung (freie Körperschaftsbildung nach gemeinem Recht).

120) Menger S. 62 m.w.N.

rechtlichen Gebieten Deutschlands an die allmählich aufgelockerte Handhabung in den übrigen deutschen Ländern anpassen[121]. Politische Vereine waren indessen stets besonderen Beschränkungen unterworfen.

Die Aktiengesellschaft war im gemeinen Recht nicht gesondert geregelt; sie fand dort erst mit dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Eingang[122]. Die daran anschließende Entwicklung, die sich - von geringen zeitlichen Unterschieden abgesehen[123] - einheitlich in ganz Deutschland vollzogen hat, ist bereits oben erörtert worden und bedarf daher hier keiner gesonderten Darstellung mehr.

2) Österreich

Die Rechtsentwicklung in Österreich weist auf vereinsrechtlichem Gebiete weitgehend Übereinstimmung mit den zuvor dargestellten Verhältnissen in Deutschland auf. Hinsichtlich der Aktiengesellschaften zeigen sich in manchem Besonderheiten. Da die zugrundeliegenden Rechtsquellen in ihrem Kern einheitlich für Österreich im 19. Jahrhundert gegolten haben, können im Rahmen des hier zu entwerfenden Überblicks landesrechtliche Vorschriften außer Betracht bleiben[124].

Ausgangspunkt ist das österreichische Allgemeine

---

121) Vgl. das Beispiel bei RG in RGZ 4 S. 155 f.

122) Vgl. wegen der im einzelnen str. Behandlung Windscheid § 58 Fußerl. 5 S. 266 f (267) m.w.N.

123) Vgl. dazu Keyßner S. 62 ff., Auerbach S. 5 f., Bondi bei Staub (oben Fußnote 73).

124) Davon, daß allein die nachfolgend oben im Text erörterten Rechtsquellen für die Entwicklung auf körperschaftsrechtlichem Gebiete in Österreich bestimmend gewesen sind, gehen aus: Adamovich, 2. Bd., S. 69 f.; Gschnitzer § 18 A II 1 - 3 S. 100; Fessler A III, IV S. 3 - 5.

Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 [125]. Diese Kodifikation stellt in § 26 die für die damalige Zeit ungewöhnliche Regel auf, daß die erlaubten Privatgesellschaften gleich anderen Rechtssubjekten auftreten dürften[126], also rechtsfähig seien[127], und daß im Innenverhältnis der Mitglieder untereinander in erster Linie das Statut maßgebend sei[128]. Das Fehlen des - in den Gesetzen anderer Staaten üblichen[129] - Erfordernisses einer besonderen staatlichen Genehmigung darf indessen nicht darüber hinwegtäuschen, daß durch den Begriff der "erlaubten Gesellschaft" und die Definition des Begriffs der "unerlaubten Gesellschaft" in § 26 Satz 4 ABGB[130] der Erwerb der Privatrechtsfähigkeit von den Vorschriften des öffentlichen Rechts direkt abhängig gemacht worden war[131]. Das öffentliche Recht jener Zeit sah für

---

125) Die bis zum Inkrafttreten des ABGB gültig gewesenen, durchweg recht verstreuten Einzelvorschriften betreffend das private Vereinigungswesen haben für die hier zu skizzierende Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts keine unmittelbare Bedeutung. Hiermit stimmen die zuvor (in Fußnote 124) zitierten überein, indem sie allein die oben im Text erörterten Rechtsquellen ihren Ausführungen zugrundelegen.

126) Vgl. § 26 Satz 2 ABGB.

127) Vgl. Wolff bei Klang-Gschnitzer §§ 26, 27 Anm. VII, Ostheim S. 256.

128) Vgl. § 26 Satz 1 ABGB.

129) Vgl. z. B. preuß. ALR, II. Teil 6. Titel §§ 25, 26, 22; ferner oben Fußnoten 87 (Sachsen), 110 (Baden).

130) Dabei ist besonders der Satzteil zu beachten: "welche durch die politischen Gesetze insbesondere verboten werden".

131) § 26 ABGB bedeutet inhaltlich nur eine Art Transformator, durch den es dem öffentlichen Recht ermöglicht wird, direkt den Erwerb der Rechtsfähigkeit der betreffenden privaten Vereinigungen zu steuern. So sinngemäß Menger S. 46 a. E., S. 47.

das Entstehen eines rechtsfähigen Vereins die besondere staatliche Genehmigung vor[132]. Als erste umfassende Regelung auf diesem Gebiete ist das Hofdekret vom 6. August 1840 [133] zu nennen, das das Erfordernis der besonderen staatlichen Genehmigung für die Vereinsbildung bestätigte[134]. Einzelheiten regelte das Hofdekret vom 5. November 1843 [135]. Als hieran anschließende Rechtsquelle von grundsätzlicher Bedeutung[136] ist das Vereinspatent vom 26. November 1852 [137] zu nennen. Es hielt an dem Erfordernis der besonderen staatlichen Genehmigung auch für Idealvereine fest[138]. Erst gegen Ende der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts - in zeitlichem Zusammenhang mit der oben erörterten deutschen Rechtssituation - ging Österreich dazu über, das Entstehen rechtsfähiger Idealvereine allein von der Erfüllung bestimmter im Gesetz abschließend aufgezählter Voraussetzungen abhängig zu machen. Dies geschah durch das Vereinsgesetz vom 15. November 1867 [139]

---

132) Gschnitzer § 18 AII_1 S. 100.

133) Vgl. Adamovich Bd. II S. 69.

134) Die zeitlich vorangegangenen Einzelregelungen bleiben aus den auch hier zutreffenden Gründen der Fußnote 125 unerörtert.

135) Vgl. dazu Adamovich Bd. II S. 69, Granichstaedten - Czerva Einl. S. XIII.

136) Die im Hinblick auf das nachfolgende Vereinspatent von 1852 nur interimistische Regelung des Hofdekrets vom 17. März 1849 (vgl. dazu Adamovich Bd. II S. 69) scheidet daher für die vorliegende Betrachtung aus.

137) Zur grundsätzlichen Bedeutung des im österr. RGBl.(1852) Nr. 253 veröffentlichten Vereinspatents vgl. Adamovich Bd.II S.69; Gschnitzer § 18 A II_1 S. 100; Ostheim S.269 ff.

138) So ausdrücklich § 1 des Vereinspatents von 1852.

139) Vgl. zust. zu dieser Bedeutung des im österr. RGBl. (1867) Nr. 134 veröffentlichten Vereinsgesetzes: Adamovich Bd. II S. 69; Gschnitzer § 18 A II_2 S. 100. Die Einzelregelungen werden später - im Rahmen der Untersuchung des geltenden Rechts - erörtert.

und wurde durch Art. 12 Staatsgrundgesetz[140] abgesichert, der jedem Bürger das Recht der freien Bildung von Idealvereinen garantiert[141]. Dieses Gesetz ist in seinem wesentlichen Gehalt nach wie vor gültig[142]. Für die übrigen privaten rechtsfähigen Vereinigungen - Wirtschaftsvereine, nach den Berggesetzen gebildete Gewerkschaften, geistliche Orden und Kongregationen, Religionsgesellschaften - war und ist das Vereinsgesetz vom 15. November 1867 unanwendbar[143]. Für sie blieb, soweit nicht Spezialgesetze eingriffen[144], das Vereinspatent vom 26. November 1852

---

140) Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, veröffentlicht in österr. RGBl. (1867) Nr. 142.

141) Die Garantiefunktion zeigt sich u. a. darin, daß jede dem Vereinsgesetz vom 15. November 1867 zuwiderlaufende Einengung der Vereinsbildung zugleich eine Verletzung der Gründer als Bürger in ihrem Recht aus Art. 12 StGG bedeutet; vgl. Adamovich Bd. II S. 69 a.E., 70; Ostheim S. 275 ff.; Fessler B II 7, S. 29; aus der Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vgl. z. B. Slg. Nr. 2620/1953.

142) Vgl. Fessler A II S. 2. Um Wiederholungen bei der Erörterung des geltenden Rechts zu vermeiden, wird von einer näheren Untersuchung hier abgesehen.

143) Vgl. Adamovich Bd. II S. 70, dort insbes. Fußerl. 1, 2; Fessler A III S. 3 f.

144) Als Beispiel seien genannt: die Vorschriften des ADHGB betreffend die (Handels-)Aktiengesellschaften (vgl. dazu im einzelnen den folgenden Text); das Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 9. April 1873 (österr. RGBl. 1873 Nr. 70); das Gesetz betreffend die gesetzliche Anerkennung von Religionsgesellschaften vom 20. Mai 1874 (österr. RGBl. 1874 Nr. 68).

in Kraft[145].

Ähnlich den oben dargestellten Verhältnissen in Preußen fand die Aktiengesellschaft auch in Österreich bereits längere Zeit vor der Übernahme des ADHGB eine - wenngleich keineswegs umfassende - gesetzliche Regelung. Nach dem Hofdekret von 1843 war es das Vereinspatent vom 26. November 1852, das unter anderem auch für sämtliche Erwerbsvereine generelle Bestimmungen traf und dabei für die "Aktienvereine" Spezialvorschriften enthielt[146]. Für die auf Handelsgeschäfte gerichteten Aktiengesellschaften trat im Jahre 1863 das ADHGB in Kraft[147]. Die in Deutschland zu beobachtende Fortentwicklung des Rechts der Aktiengesellschaften - Gleichstellung der sog. Zivil-Aktiengesellschaften mit den Handels-Aktiengesellschaften, Wegfall des Erfordernisses der besonderen staatlichen Genehmigung - vollzog sich in Österreich nicht. Für die Zivil-Aktiengesell-

---

145) Beispiele sind: die (Zivil-)Aktiengesellschaft (vgl. Pisko § 100 S. 378); der auf Erwerbszwecke gerichtete rechtsfähige Verein (vgl. Fessler A III S. 3, ferner unten - 3. Kap. - Fußnote 37).

146) Vgl. Pisko § 100 S. 378; Granichstaedten-Czerva, Einl. S. XIII. Im übrigen bleibt das bis zu diesem Zeitpunkt gültig gewesene, recht verschiedenartige (Landes)Recht (vgl. Canstein, Bd. I § 1 A III S. 5) unerörtert, da seine Einzelregelungen im Rahmen des hier zu entwerfenden Überblicks ohne grundsätzlichen Erkenntniswert sind.

147) Das auf der Nürnberger Konferenz beschlossene Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch trat - als österreichisches Recht (wegen des Gesetzgebungsverfahrens siehe oben Fußnote 74) - am 1. Juli 1863 in Kraft (vgl. zu alledem mit Einzelheiten des Ablaufs der Gesetzesentstehung: Canstein, Bd. I § 1 III S. 6 a. E. S. 7.). Diesem Geschehen war in Österreich - ebenso wie in Preußen und Sachsen - ein jahrelanges Entwurfsstadium auf aktienrechtlichem Gebiete vorangegangen, das indessen nicht zu einer eigenständigen österreichischen Regelung führte (vgl. Pisko § 2 S. 8 f.).

schaften ist das Vereinspatent von 1852 in Kraft geblieben[148]. Die Versuche[149], das Entstehen der (Handels-)Aktiengesellschaften von dem Erfordernis der besonderen staatlichen Genehmigung zu lösen und allein von der Erfüllung im Gesetz abschließend aufgezählter Merkmale abhängig zu machen, führten lediglich zu den Verordnungen vom 20. September 1899, dem sogenannten Aktienregulativ[150]. Als bloße Verordnung konnte das Aktienregulativ das im Gesetz enthaltene Erfordernis der Staatsgenehmigung nicht beseitigen, sondern nur in tatsächlicher Hinsicht mildern[151]. Subsidiär blieb das Vereinspatent von 1852 auch auf (Handels-)Aktiengesellschaften weiter anwendbar[152].

3) Schweiz

Die Entwicklung von rechtsfähigem Verein und Aktiengesellschaft während des 19. Jahrhunderts in der Schweiz zeigt gegenüber der Situation in Deutschland und Österreich eine Reihe von Besonderheiten. Kennzeichnend ist die be-

148) Vgl. Pisko § 100 S. 378.

149) Vgl. zu den letztlich gescheiterten Bemühungen der österreichischen Regierung, das österreichische Aktienrecht, das der ursprünglichen Fassung des ADHGB entsprach, in etwa dem deutschen Recht anzugleichen: Canstein, Bd. I § 26 C III S. 466 f.

150) Vgl. die Verordnung
a) des Ministers des Innern,
b) " " " Handels,
c) " " der Justiz,
d) " " des Ackerbaues,
sämtlich vom 20. September 1899 (österr. RGBl. 1899 Nr. 175).

151) Das geschah in der Weise, daß in dem Aktienregulativ die Voraussetzungen öffentlich bekanntgegeben wurden, unter denen mit der Erteilung der zum Entstehen einer Aktiengesellschaft notwendigen Genehmigung zu rechnen war. Vgl. näher zu diesen Bedingungen, die hinsichtlich des geforderten Inhalts der Statuten und der Gründungskontrolle dem deutschen Recht angenähert waren: Pisko § 100 S. 379, Hallstein S. 62.

152) Vgl. Pisko § 100 S. 378.

herrschende Rolle der kantonalen Gesetzgebung[153]. Erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts erhielt der Bund die Gesetzgebungsbefugnis auf dem Gebiete der privaten Körperschaften[154].

Im Bereich der kantonalen Gesetze finden sich nahezu alle denkbaren Möglichkeiten staatlicher Einflußnahme verwirklicht[155]. Entsprechend dem geographischen, wirtschaftlichen und ethnischen Zusammenhang mit den angrenzenden Staaten Frankreich, Italien, Österreich und Deutschland lassen sich die schweizerischen Kantonsrechte im wesent-

153) Die Rechtszersplitterung infolge einer Vielzahl von Ortsrechten, Talrechten und Herrschaftsrechten wurde unter dem Zwange des sich ausbreitenden Wirtschaftsverkehrs durch Rechtsvereinheitlichung zunächst innerhalb der Kantone gemildert. Die von der helvetischen Zentralregierung eingangs des 19. Jahrhunderts erstrebte Rechtsvereinheitlichung war ebenso erfolglos geblieben wie das Bemühen während der napoleonischen Expansion, für die Schweiz in ihrer Gesamtheit das französische Recht, insbesondere den Code civil, einzuführen. Erst nach Schaffung des Bundesstaates (Verfassung vom 21. September 1848) war die Grundlage für eine Rechtsvereinheitlichung auf gesamtschweizerischer Ebene geschaffen. Vgl. zu alledem: Liver in Berner Komm.z.ZGB, Bd. I Teil 1 Einl. II 1 Rdn. 10, II 2 Rdn. 15.

154) Die Bundeskompetenz erstreckte sich zunächst nur auf das Recht der persönlichen Handlungsfähigkeit, das Obligationenrecht einschl. Handelsrecht, Wechselrecht etc. Erst durch die Verfassungsänderung vom 13. November 1898 wurde der diesbezügliche Art. 64 der Bundesverfassung zur Erstreckung der Bundeskompetenz auf das gesamte Privatrecht geändert. Vgl. Liver (Fußnote 153) Rdn. 12 (S. 14).

155) Vgl. Tuor/ Schnyder § 15 II a S. 108 f. Abderhalden S. 19; Beitzke ZHR 108 S. 32 ff. (50), Gutzwiller in Schweizerisches Privatrecht (§ 52) S. 469, Heini ebenda § 53 S. 520.

lichen, wie folgt, einteilen[156]:

Rechtsbereich

a) der west- und südschweizerischen Kantone,
b) der bernischen Gruppe,
c) der zürcherischen Gruppe,
d) der übrigen Kantone.

(a) Der Rechtsbereich dieser sogenannten welschen Kantone ist durch weitgehende Übereinstimmung mit dem französischen Recht gekennzeichnet[157]. Die Zivilgesetzbücher der zu dieser Gruppe gehörenden Kantone stellen inhaltlich die Übernahme des Code civil dar, ergänzt durch eine Anzahl landesrechtlicher Besonderheiten[158]. Die Rechtssituation der rechtsfähigen Vereine entspricht daher im wesentlichen dem für das Land Baden skizzierten ursprünglichen Bild; das Entstehen rechtsfähiger Vereine ist also grundsätzlich von vorheriger staatlicher Bewilligung abhängig[159].

(b) Das private Körperschaftsrecht der sogenannten bernischen Gruppe der Kantone[160] weist grundsätzliche Übereinstimmung mit dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch auf. Dem Vorbild des Zivilgesetzbuches des

---

156) Zust. zu dieser Einteilung Liver (Fußnote 153) Einl. III Rdn. 27 ff.

157) Liver (Fußn. 153) Rdn. 29; Hedemann S. 47.

158) Liver (Fußn. 157) mit Hinweis auf die einzelnen landesrechtlichen Kodifikationen.

159) Ins Einzelne gehende Ausführungen müssen angesichts der Fülle des Rechtsstoffes (7 Kantone) und des Zwecks des vorliegenden Überblicks unerörtert bleiben.

160) Hierzu gehören Aargau, Bern, Luzern, Solothurn.

Kantons Bern[161] folgend übernahmen auch die anderen zu dieser Gruppe gehörenden Kantone im wesentlichen die Regelungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs und fügten ihre landesmäßig verschiedenen Rechtsinstitute an[162]. Die rechtliche Behandlung der rechtsfähigen Vereine entspricht demnach - von einigen, das Grundsätzliche nicht berührenden Besonderheiten abgesehen - der oben für Österreich dargestellten Situation[163].

(c) Das Vereinsrecht des Kantons Zürich - und, ihm folgend, der übrigen zu dieser Gruppe gehörenden Kantone[164] - zeigt in größerem Umfange Eigenständigkeit. Die Zürcher Kodifikation, die zutreffend als die bedeutendste Zusammenfassung der das private Körperschaftsrecht betreffenden Rechtsregeln bezeichnet wird[165], übernimmt in besonders weitem Umfang das historisch gewachsene kantonale Recht der durchweg genossenschaftsartigen privaten Korporationen und fügt es in das System einer als neuzeitlich

---

161) Das in den Jahren 1824 - 1830 entstandene und in den Jahren 1826 - 1831 abschnittweise in Kraft gesetzte Zivilgesetzbuch des Kantons Bern ist wegen der gelungenen Synthese zwischen dem (deutschen) Recht des österreichischen Gesetzbuchs* und dem überkommenen Landesrecht von besonderer rechtstheoretischer und -historischer Bedeutung. Vgl. Liver (Fußnote 153) Rdn. 31. (* ABGB)

162) Vgl. Liver (Fußnote 153) Rdn. 33 S. 23.

163) Aus den oben in Fußnote 159 gekennzeichneten Gründen muß es bei der Verweisung auf die vorangegangenen Ausführungen betreffend den Rechtszustand in Österreich verbleiben.

164) Es handelt sich um die Kantone Glarus, Graubünden, Nidwalden, Schaffhausen, Thurgau, Zug.

165) Liver (Fußnote 153) Rdn. 41 - 44; Gutzwiller in Schweizerisches Privatrecht § 52 S. 469.

zu bezeichnenden Kodifikation ein[166]. Dementsprechend wird das zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch zum tragenden Element der Entwicklung, die in der gesetzlichen Verankerung einer möglichst freien Körperschaftsbildung in Art. 52 Abs. 2 ZGB ihren Abschluß findet[167].

(d) Die körperschaftsrechtliche Situation der übrigen Kantone, denen das Fehlen zivilrechtlicher Kodifikationen wesentlich ist[168], läßt keine einheitliche Aussage zu. Diese Kantone - durchweg verhältnismäßig kleine Gebiete mit wenig entwickeltem Wirtschaftsverkehr[169] - konnten sich damit begnügen, statt eines umfassenden Zivilgesetzbuchs lediglich entsprechend der Notwendigkeit praktisch dringliche Einzelfragen durch Einzelgesetze zu regeln.

Der Bundesgesetzgebung auf zivilrechtlichem Gebiete, insbesondere bezüglich der rechtsfähigen Vereine und Aktiengesellschaften, ging eine längere Entwicklung voraus. Nachdem durch die Bundesverfassung vom 21. September 1848 erstmals ein eidgenössisches Organ der Zivilgesetzgebung geschaffen war, dauerte es nahezu zwei Jahrzehnte, ehe Bestrebungen greifbare Form annahmen, dem Bund auf zivilrechtlichem Gebiete die gesamte Gesetzgebungsbefugnis einzuräumen. Die auf Initiative des schweizerischen Juristenvereins eingebrachte dementsprechende Parlamentsvorlage scheiterte indessen[170]. Lediglich auf Einzelgebieten kam

---

166) Liver (Fußnote 165) Rdn. 44.

167) Hedemann S. 47, 46 f.

168) Liver (Fußnote 153) Rdn. 46.

169) Es handelt sich um die Kantone Appenzell-Innerrhoden, Obwalden, Schwyz, Uri.

170) Vgl. zu alledem Liver (Fußnote 153) Rdn. 10, 12, ferner Abderhalden S. 20 f. (Verfassungsänderung v. 1874).

dem Bund die Privatrechtsgesetzgebung zu, unter anderem auf dem Gebiete des Obligationenrechts einschließlich des Rechts der Idealvereine. Das auf diese Kompetenz gegründete Obligationenrecht von 1881 sah für die Idealvereine vor, daß sie die Rechtsfähigkeit nach Erfüllung bestimmter, im Gesetz festgelegter Voraussetzungen erwerben könnten[171]. Erst im Jahre 1898 [172] wurde die Bundesverfassung[173] dahin ergänzt, daß nunmehr der Bund die Gesetzgebung auch auf den übrigen Gebieten des Zivilrechts habe[174]. Jetzt war der Weg frei für die Kodifikation, das schweizerische Zivilgesetzbuch von 1907, dessen im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessierende vereinsrechtliche Bestimmungen anschließend miterörtert werden[175].

Die Entwicklung auf aktienrechtlichem Gebiete ist durch eine gleiche Vielschichtigkeit gekennzeichnet wie im Vereinsrecht[176]. Um die Grenzen des hier zu entwerfenden Überblicks nicht zu überschreiten, sei dementsprechend nur auf einige, durch die Rechtsentwicklung bedingte Besonderheiten hingewiesen. Die in ihrer Grundhaltung die privaten

---

171) Hedemann S. 47.

172) Abstimmung vom 13. November 1898; vgl. Liver (Fußnote 153) Rdn. 12 (S. 14).

173) Art. 64 der Bundesverfassung vom 21. September 1848 in der Fassung der Verfassungsänderung vom 29. Mai 1874.

174) Das wirkte sich z. B. auf die sogenannten Erwerbsvereine (rechtsfähige Vereine mit wirtschaftlicher Zielrichtung) aus.

175) Vgl. unten II; wegen der Einzelheiten der Entstehungsgeschichte vgl. Wiedemann S. 79, 85.

176) Vgl. z. B. Hedemann S. 47. Seit Schaffung des Obligationenrechts von 1881 (1883) ist den Kantonen eigene Gesetzgebung nur in Fällen der Zuweisung durch den Bundesgesetzgeber möglich (vgl. Hedemann a.a.O.).

rechtsfähigen Körperschaften ablehnenden welschen Kantone gestanden der Aktiengesellschaft den Erwerb der Rechtsfähigkeit bereits dann zu, wenn sie lediglich bestimmte im Gesetz vorgeschriebene Voraussetzungen erfüllten[177]. In dem bezüglich der privaten Körperschaften, insbesondere der rechtsfähigen Idealvereine, sehr freizügig eingestellten Kanton Zürich war die Entstehung einer Aktiengesellschaft demgegenüber an besondere staatliche Bewilligung gebunden[178]. Das Obligationenrecht von 1881 sah von diesem Erfordernis ab und verlangte allein die Erfüllung bestimmter, im Gesetz selbst abschließend aufgezählter Voraussetzungen[179]. Der Regelung des Obligationenrechts lag das Bestreben zugrunde, das Aktienrecht wegen seiner Bedeutung auch für den internationalen Wirtschaftsverkehr möglichst im Anschluß an das deutsche Aktienrecht zu gestalten[180].

---

177) Vgl. Hedemann S. 47.

178) Vgl. Gutzwiller in Schweizerisches Privatrecht § 52 S. 469, Hedemann S. 47.

179) Vgl. Wildi S. 2, im einzelnen S. 6 - 15; Hedemann S. 47.

180) Vgl. Wildi S. 2; Iklé S. 20.

II. Darstellung der im geltenden deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht beschrittenen Wege, die Einflußnahme des Staates auf das Entstehen rechtsfähiger Vereine und Aktiengesellschaften zu regeln

1) Gebundenheit der Entstehung an staatliche Verleihung

a) Ausgangspunkt der hier zugrundegelegten verschiedenen Intensitätsbereiche staatlicher Einflußnahme sind die Differenzierungen, die oben bei der Erörterung der denkbaren Möglichkeiten für den Staat, sich gegenüber dem Entstehen rechtsfähiger privater Körperschaften zu verhalten, dargestellt wurden. Der zunächst zu erörternde Bereich der Gebundenheit der Rechtsfähigkeit an staatliche Verleihung umfaßt dementsprechend sämtliche Gestaltungsmöglichkeiten, bei denen Verein und Aktiengesellschaft die Rechtspersönlichkeit allein durch Staatsakt - nicht gleichsam stufenweise mit der Erfüllung bestimmter gesetzlicher Merkmale - erwerben.

Im geltenden Recht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz sind die Erscheinungsformen der stärksten denkbaren staatlichen Einflußnahme nicht verwirklicht. In keinem der drei Länder ist das Entstehen des rechtsfähigen Vereins oder der Aktiengesellschaft an ein besonderes Gesetz im oben dargestellten Sinn gebunden[181].

181) Die durch besondere Gesetze errichteten Nationalbanken (vgl. z. B. das Gesetz vom 24. 7. 1922 - österr. BGBl. 1922 S. 490 - betreffend die Österreichische Nationalbank)sind wegen ihrer auf dem Gebiet der Währungspolitik liegenden hoheitlichen Rechte und Pflichten Körperschaften des öffentlichen Rechts und bleiben daher für die naheliegende Untersuchung außer Betracht. Dasselbe gilt für die Kantonalbanken, soweit sie überhaupt - wie allein in den Kantonen Zug und Waadt - in der Rechtsform der Aktiengesellschaft konstituiert sind

Fortsetzung der Fußnote 181) siehe S. 99

Da in Deutschland, Österreich und in der Schweiz ein umfassender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz besteht[182], scheidet auch der nächstfolgende Intensitätsgrad staatlicher Einflußnahme aus: Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit an einen Verwaltungsakt, ohne daß die Möglichkeit irgendeiner (verwaltungs-) gerichtlichen Überprüfung besteht.

b) Anzutreffen ist in sämtlichen drei Ländern der hierauf folgende Intensitätsgrad staatlicher Einflußnahme: Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit an einen gerichtlich überprüfbaren Ermessens-Verwaltungsakt. Dies gilt für den rechtsfähigen Verein, nicht für die Aktiengesellschaft[183]. Deshalb werden diese beiden Rechtsinstitute im Folgenden getrennt untersucht.

Fortsetzung der Fußnote 181) von S. 98.

(vgl. Weiss, S. 118 f. - Rdn. 366; ferner Siegwart in Zürcher Kommentar Bd. V 1. Teil Einl. V D Rdn. 121.

182) Vgl. für den (bundes-) deutschen Rechtsbereich: Ule § 5 I, III, §§ 6 f. S. 21, 23 ff. mit umfassender Übersicht; für Österreich - speziell zum Vereinsrecht -: Adamovich Bd. I S. 293 ff; für die Schweiz: Ruck, Schweizerisches Staatsrecht, S. 16.

183) Wegen der grundsätzlichen Ausgestaltung des Rechts von Verein und Aktiengesellschaft in Deutschland, Österreich und der Schweiz wird auf den zuvor entworfenen historischen Überblick bezug genommen, der jeweils zum Schluß eines jeden Abschnitts die Grundzüge des geltenden Rechts erkennen läßt. Vgl. dazu, daß in der Schweiz - abweichend von dem allgemein ungebundenen Erwerb der Rechtsfähigkeit durch private Körperschaften - Vereine (strukturgleiche Genossenschaften) nach kantonalem Recht in bestimmten Fällen erst durch staatlichen Verleihungsakt rechtsfähig werden: Tuor/Schnyder § 15 II a S. 108 f.

aa) Verein

Nach deutschem Recht (§ 22 BGB) erwerben Vereine die Rechtsfähigkeit allein durch einen im freien Ermessen[184] stehenden Verwaltungsakt, wenn ihr "Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist"[185] und

---

184) Ferner ist auf den Fall des § 23 BGB hinzuweisen. Diese Vorschrift, die heute tatsächlich gegenstandslos sein dürfte (vgl. ähnlich Coing bei Staudinger, § 23 BGB, Abs. 1 d. Anm.) und daher nur hier in der Fußnote erwähnt wird, betrifft Vereine mit Sitz im Ausland, die nicht nach ausländischem Recht rechtsfähig sind, sondern allein für den deutschen Bereich die Rechtsfähigkeit verliehen erhalten (vgl. Westermann bei Erman, § 23 BGB, S. 39; Danckelmann bei Palandt § 23 BGB Anm. 1; Coing bei Staudinger, Vorbem. V_2 vor §§ 21 ff. BGB Rdn. 16 -; wegen des Unterschiedes der Fallgestaltung des § 23 BGB zu der des nunmehr aufgehobenen Art. 10 EG BGB vgl. Bohnenberg bei Rosenthal, Anhang zu § 21 BGB - S. 25 - Rdn. 87). Beispiel für § 23 BGB ist der deutsche Schulverein mit Sitz im Ausland (vgl. Lauterbach bei Palandt, Art. 10 EGBGB, Anm. 2a). Die Zuständigkeit ist gemäß Art. 129 Abs. 1 GG auf den Bundesminister des Innern übergegangen (vgl. Coing bei Staudinger, Vorbem. V_2 vor §§ 21 ff BGB Rdn. 16; Bohnenberg bei Rosenthal § 23 BGB Anm. 2 Rdn. 88).

185) Als Beispiele für die Inhaltsbestimmung dieser - begrifflich unzutreffenden - Formulierung (vgl. Hirsch, Leitfaden, § 32 S. 119) seien im Anschluß an Knittel in DB 1965 S. 243 f. - S. 244 Fußerl. 15 -; Fessler A III 1 S. 3 f. und Tuor/Schnyder § 16 I b S. 112 f. genannt: Betrieb einer Kantine durch Sportverein, sofern der Gewinn an die Vereinsmitglieder oder Dritte ausgeschüttet wird; Sport-Toto-Vereine mit Abschluß von Wetten im eigenen Namen; gemeinnützige Gesellschaft mit gewinnträchtigem Betrieb einer Leihkasse, Garantievereine, Sterbekassen.

keine Spezialgesetze[186] Anwendung finden. Daß der Verwaltung insoweit ein Ermessen, den Gründern also kein Rechtsanspruch zusteht, ergibt sich aus Fassung, systematischer Stellung und Zweck des § 22 BGB[187]. Der unterschiedliche Sprachgebrauch in den sachlich und systematisch zusammenhängenden Vorschriften der §§ 21, 22 BGB ist dahin zu verstehen, daß die "Verleihung" (§ 22 BGB) anders als die in den §§ (22,) 55 ff. BGB näher geregelte Eintragung in das Vereinsregister nicht Gegenstand eines Rechtsanspruchs der Gründer sein soll[188]. Damit stimmt das aus § 22 BGB ersichtliche Bestreben des Gesetzes überein, im Interesse des Verkehrsschutzes private Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zweckrichtung möglichst den handelsrechtlichen Spezialgesetzen zu unterstellen, um die dort enthaltenen

---

186) Hier sind an erster Stelle zu nennen: das Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089); das Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 (RGBl. S. 477); das Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55); ferner das Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen vom 6. Juni 1931 (RGBl. S. 315); - jeweils in der zuletzt gültigen Fassung. Wegen der Eigenschaft dieser Gesetze als "besondere gesetzliche Vorschriften" im Sinne des § 22 BGB vgl. Coing bei Staudinger Vorbem. V_2 vor §§ 21 ff. BGB Rdn. 16.

187) Wegen der Auslegungsmethode vgl. BGH in BGHZ 33 S. 321 ff. (330). Demgegenüber stellt Heini (Schweizerisches Privatrecht § 53 II S. 525) wesentlich auf die Wertvorstellungen des Gesetzgebers ab.

188) Nach der historischen Entwicklung (vgl. dazu insbesondere oben Text zu BI 1 a mit Fußnoten 60, 61, 68, 78, 79) ist die Verleihung der im Ermessen stehende Staatshoheitsakt, abw. Dobroschke in DB 1966, S. 1717, 1718.

Verkehrsschutzvorschriften zur Anwendung zu bringen[189]. Hieran ändert es nichts, daß im Einzelfall die Satzung eines "wirtschaftlichen" Vereins dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes, z. B. durch die Aufnahme entsprechender, den handelsrechtlichen Spezialnormen nachgebildeter Bestimmungen, entspricht[190]. In Fällen dieser Art ist aus Gründen des konkreten Lebenssachverhalts, also in rein tatsächlicher Hinsicht, die Einzelfallentscheidung vorgezeichnet, der rechtliche Ausgangspunkt - Ermessen der Verwaltung - bleibt indessen unberührt[191].

---

189) Vgl. Knittel (Fußnote 185) S. 243 m.w.N. bes. BGH in BGHZ 45 S. 395 ff, ähnlich Heini (Schweizerisches Privatrecht § 53 II S. 526) für die dortige Abgrenzung.

190) Abweichend Dobroschke (Fußnote 188) m.w.N., dem aus den im Folgenden angeführten Gründen nicht beizupflichten ist. Wie hier: Knittel (Fußnote 185) m.w.N.

191) Die weitere Begründung für das (angebliche) Bestehen eines Rechtsanspruchs auf Verleihung gemäß § 22 BGB, nämlich der Hinweis auf Artt. 2 Abs. 1, 9 Abs. 1 GG (vgl. Dobroschke Fußnote 188 m.w.N., ähnlich Ostheim S. 275 - 279 für die vergleichbare Rechtssituation in Österreich - Art. 12 StaatsGG. sowie Heini in Schweizerisches Privatrecht - § 53 II S. 519 f. - für die ähnliche Regelung in Art. 56 BV), trifft nicht zu. Diese Begründung würdigt m. E. nicht hinreichend den grundlegenden - allgemein anerkannten (so selbst Dobroschke Fußnote 188 m.w.N.) - Umstand, daß die gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG spezielle Norm des Art. 9 Abs. 1 GG lediglich die Möglichkeit einer Vereinigung als solche, jedoch nicht den Erwerb der Rechtsfähigkeit garantiert (vgl. Knittel Fußnote 185 m.w.N.). Der von Dobroschke (Fußnote 188) S. 1718 a.E., S. 1719 hervorgehobene Umstand, daß die Rechtsform des Wirtschaftsvereins nach § 22 BGB für die Regelung des Generationenwechsels bei Familienunternehmen zweckmäßig sei, ergibt ebenfalls keinen Grund, aus verfassungsrechtlichen oder allgemeinen verwaltungsrechtlichen Erwägungen einen Rechtsanspruch auf Verleihung der Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB anzunehmen. Vgl. zust. zu diesem Ergebnis insbesondere auch Coing bei Staudinger, § 22 BGB, Anm. 4, 6, Rdn. 4, 6; Gutzwiller in Schweizerisches Privatrecht § 52 S. 469.

Nach österreichischem Recht erlangen die Vereine mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb - wie zuvor für das deutsche Recht ausgeführt - die Rechtsfähigkeit ebenfalls allein durch staatliche Verleihung; sie steht im freien Ermessen der Verwaltungsbehörde[192]. Das folgt aus § 1 des Vereinspatents von 1852 [193], das nach wie vor auf Vereine dieser Art anwendbar ist[194]. Die Abgrenzung des Vereins mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb ist wie nach deutschem Recht (§ 22 BGB) vorzunehmen[195]. Dem schweizerischen Recht ist es fremd[196], den Erwerb der Rechtsfähigkeit für Vereine mit wirtschaftlicher Zielsetzung gleich dem deutschen und österreichischen Recht einzuengen. Während das eidgenössische Recht grundsätzlich davon absieht, den Erwerb der Rechtsfähigkeit für Vereine an staatliche Verleihung zu

---

192) Vgl. hierzu - insbesondere auch wegen der Zuständigkeit - Fessler A III S. 3.

193) Vgl. Gschnitzer § 18 A $II_{2,1}$ S. 100.

194) Vgl. Gschnitzer § 18 A II 3a S. 100, Fessler A III S. 3; Coing bei Staudinger Vorbem. IX 2 vor §§ 21 ff BGB Rdn. 29, abw. Ostheim S. 275 - 279.

195) Auch im österreichischen Recht haben die handelsrechtlichen Spezialgesetze den Vorrang (Aktiengesetz, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften); vgl. zu alledem im einzelnen Fessler A III 1 b, d, 2a S. 3 - 5.

196) Vgl. Art. 52 Abs. 1,2 ZGB, wonach für diese Vereine lediglich die Eintragung in das Handelsregister erforderlich ist, weitere Restriktionen - abgesehen von der sämtliche Körperschaften betreffenden Norm des Art. 52 Abs. 3 ZGB - also ausgeschlossen sind (zu letzterem: Tuor/Schnyder § 15 II a 3 S. 108 f.).

binden, kommt diese Gestaltung[197] vereinzelt im kantonalen Bereich vor[198]. Ein Beispiel dieser Art bietet das Einführungsgesetz des Kantons Zug zum schweizerischen ZGB vom 17. August 1911 [199]. In § 31 Abs. 3 dieses Gesetzes ist bestimmt, daß den dort einzeln bezeichneten ländlichen Genossenschaften die Rechtsfähigkeit ohne Eintrag in das

---

197) Die folgenden Beispiele beziehen sich allein auf die in Art. 59 Abs. 3 ZGB bezeichneten Genossenschaften, die indessen dem Verein strukturell gleichen (zust. zu letzterem: Heini in Schweizerisches Privatrecht § 53 II S. 518; Röthlisberger S. 1).

198) Eigenartigerweise findet sich diese Gestaltung in den Kantonen der französischen Schweiz (Waadt, Wallis, Genf, Freiburg, Neuenburg) trotz der in diese Richtung gehenden historischen Entwicklung nicht. In diesen Kantonen ist der Erwerb der Rechtsfähigkeit ähnlich der Situation in den übrigen Kantonen (z. B. Uri, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Solothurn, Schaffhausen - eingeschränkt -, St. Gallen, Luzern, Glarus) lediglich Tatbestandsfolge des Vorliegens eines körperschaftlich organisierten Gebildes und der staatlichen Genehmigung der Statuten. Die in den französisch-sprachigen Kantonen vorkommenden Erwerbsbeschränkungen für diese Genossenschaften (vgl. z. B. bezüglich Grundstückserwerb) bleiben hier, da sie in den vorliegend nicht zu erörternden Bereich der Teilrechtsfähigkeit gehören, außer Betracht.

199) Aus Gründen der Zweckmäßigkeit wird statt der Einzelangabe der Fundstellen im betreffenden Gesetzblatt auf die Zusammenstellung der Gesetzestexte bei Schönenberger in Zürcher Kommentar Bd. VI Teile 1 - 3 bezug genommen.

Handelsregister "zuerkannt" werden kann[200]. Abweichend von der Mehrzahl der übrigen Kantonalrechte ist hier der Erwerb der Rechtsfähigkeit nicht lediglich als Folge der Genehmigung der Satzung ausgestaltet[201], sondern umgekehrt die Einreichung der Satzung an die Behörde bloß als Vorbedingung dafür aufgestellt, daß die Rechtsfähigkeit vom Staat verliehen werde. Einzelne Erfordernisse, bei deren Vorliegen ein Rechtsanspruch auf Verleihung der Rechtsfähigkeit besteht, sind abweichend von den Einführungsgesetzen einer Anzahl anderer Kantone[202] im Gesetz selbst nicht enthalten. Die Behörde hat dementsprechend nach pflichtgemäßem Ermessen über den Antrag der Gründer zu entscheiden. Daß die oft anzutreffende Einengung des Ermessens aus Gründen tatsächlicher Art, z. B. unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung, nicht dazu führen kann, einen - notwendig generellen - Rechtsanspruch auf Zuerkennung der Rechtsfähigkeit anzunehmen, ist bereits ausgeführt.

---

200) Weder der Gesetzeswortlaut noch der Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften dieses Gesetzes ergeben, daß den dort genannten Genossenschaften die - hier ausscheidende - öffentlich-rechtliche Rechtsfähigkeit verliehen wird. Entgegen der dahingehenden Ansicht Röthlisbergers (S. 78 - 81) ist davon auszugehen, daß diese Körperschaften dem Privatrecht angehören.

201) Das kommt in der Fassung folgender Vorschriften besonders deutlich zum Ausdruck:

Einführungsgesetz zum Schweiz. Zivilgesetzbuch
des Kantons Bern v. 28. Mai 1911, Art. 20 Abs. 1,
des Kantons Glarus v. 7. Mai 1911, § 34 Abs. 2,
des Kantons Luzern v. 21. März 1911, § 31 Abs. 1,
des Kantons St. Gallen v. 16. Mai 1911, Art. 58 Abs. 2.

Daß eine Gesetzesfassung dieser Art so auszulegen ist, heben Fromm/Goldberg, § 15 VAG Anm. 2 (S. 326) in der Erläuterung der insoweit gleichen Vorschrift des § 15 VAG hervor.

202) Vgl. z. B. § 35 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch für den Kanton Glarus (vgl. Fußnote 201).

bb) Aktiengesellschaft

Der Erwerb der Rechtsfähigkeit ist für die Aktiengesellschaft weder in Deutschland noch in Österreich noch in der Schweiz an einen im Ermessen der Verwaltung stehenden - gerichtlich nachprüfbaren - Verleihungsakt gebunden. Das Aktienrecht eines jeden dieser drei Staaten sieht vor, daß die Aktiengesellschaft "als solche" dann entsteht, wenn die im Gesetz einzeln bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind und die bei Vorliegen dieser Erfordernisse dem Registergericht obliegende Eintragung in das Handelsregister vollzogen ist[203]. Keine Ausnahme hiervon bedeuten die Fälle, in denen vor dem Registereintrag die nach der Satzung beabsichtigte Tätigkeit staatlich gestattet sein muß[204]. Da es sich bei diesen Vorschriften um Rechts-

203) Daß die Gründer bei Erfüllung der im Gesetz aufgestellten Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Eintragung in das Handelsregister haben, also für eine Ermessensentscheidung des Staates über den Erwerb der Rechtsfähigkeit kein Raum ist, wird allseits anerkannt. Für das deutsche Recht vgl. Godin-Wilhelmi, Vorbem. II C Anm. 5 zu § 23 AktG; für das österreichische Recht: Kastner Einl. S. 2; für das schweizerische Recht: v. Steiger S. 121.

204) Beispiele sind

im deutschen Recht:

§§ 1,2 Hypothekenbankgesetz (RGBl. 1899 S. 375), §§ 1, 2 Schiffsbankgesetz (RGBl. 1943 I S. 241); Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (RGBl. 1931 I S. 315) (§§ 7 Abs. 2, 114);

im österreichischen Recht:

Hypothekenbankgesetz (s.o.), eingeführt durch VO in (dtsch.) RGBl. 1938 I S. 1574 = GBl. Ö 1938 Nr. 648; Schiffsbankgesetz (s.o.), eingeführt durch VO in (dtsch.) RGBl. 1943 I S. 394; Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (s.o.), eingeführt durch VO in (dtsch.) RGBl. 1939 I S. 365 = GBl. Ö 1939 Nr. 624, neu gefaßt in (österr.) BGBl. 1949 Nr. 124; § 2 Abs.3, Investmentfondsgesetz (österr.) BGBl. 1963 Nr. 192;

Fortsetzung der Fußnote 204) siehe S. 107

regeln handelt, die generell wegen ihrer Rechtsform, d. h. hier ohne Blickrichtung auf die Aktiengesellschaft - gelten[205], scheiden sie im vorliegenden Zusammenhang, wo

---

Fortsetzung der Fußnote 204) von S. 106.

im schweizerischen Recht:

Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BS 10 XVII S. 337) in Verbindung mit der Vollziehungsverordnung zum Bankengesetz (AS 1961 S. 693); Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen (BS 2 IV S. 747 c) in Verbindung mit der Vollziehungsverordnung hierzu (BS 2 IV S. 757); Bundesgesetz über die Beaufsichtigung der Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens (BS 10 XVII, S. 289) in Verbindung mit der hierzu ergangenen Verordnung (BS 10 XVII S. 311); Eisenbahngesetz (AS 1958 S. 335) - besonders Artt. 7, 15 -.

205) Daß eine öffentlich-rechtliche Erlaubnispflicht für die satzungsgemäße Tätigkeit einer Aktiengesellschaft zugleich eine aktienrechtliche Restriktion im Sinne der sog. Konzession (Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit an behördliche Ermessensentscheidung) bedeuten kann, ist anerkannt (vgl. z. B. Hallstein S.58, Frick S. 30 sowie hier Fußnote 13 in Kapitel I). Indessen läßt sich m. E. nicht der Ansicht Hallsteins und Fricks (S. 30, 45, 51 - 53) folgen, der zwischen der sog. machtverleihenden Verfügung des öffentlichen Rechts als conditio sine qua non (zur Entstehung der Aktiengesellschaft) und als bloße Voraussetzung der Geschäftsaufnahme unterscheidet, erstere als aktienrechtliche Restriktion ansieht und hierunter die Fälle der Konzessionserteilung nach dem Eisenbahngesetz und dem Bankgesetz rechnet. Denn auch diese Vorschriften haben nicht zum Inhalt, Aktiengesellschaften wegen ihrer Rechtsform Restriktionen zu unterwerfen - während andere Rechtssubjekte bei Ausübung dieser Tätigkeit unbehelligt bleiben -, sondern sie knüpfen an eine bestimmte Tätigkeit an und sehen für sie aus öffentlich-rechtlichen Gründen eine besondere Prüfung mit abschließender rechtssatzmäßig gebundener Entscheidung (Erlaubnisverfügung) vor; die Aktiengesellschaft entsteht erst mit Eintragung in das Handelsregister (hierauf weist v. Steiger S. 121 zutreffend hin). Die Zulässigkeit der Aktiengesellschaft als Rechtsinstitut wird hierdurch nicht berührt.

Fortsetzung der Fußnote 205) siehe S. 108.

es um die auf körperschaftsrechtlichem Gebiet liegende grundsätzliche Bindung der juristischen Persönlichkeit an staatliche Verleihung geht, aus. Landesrechtliche Besonderheiten, wie sie sich im Bereich des schweizerischen Vereinsrechts gezeigt haben, bestehen auf dem Gebiete der Aktiengesellschaft nicht. Denn die Gesetzgebungsgewalt liegt insoweit allein beim Bundesgesetzgeber[206]. Der Regionalgesetzgebung sind lediglich unwesentliche Ausführungsvorschriften überlassen worden[207].

Fortsetzung der Fußnote 205) von S. 107.

Die Regelung des liechtensteinischen Rechts seit 1952, die Errichtung neuer Gesellschaften in Form von juristischen Personen an besondere staatliche Bewilligung zu binden und die Bewilligung nur bei öffentlichem Bedarf für das beabsichtigte Unternehmen zu erteilen (vgl. hierzu v. Steiger S. 121), stellt einen Fall der vorliegend erörterten Alternative dar (Bindung der Rechtsfähigkeit an staatliche Ermessensentscheidung). Diese Regelung scheidet indessen aus dem hier erörterten Bereich des schweizerischen Rechts aus, da sie allein auf der besonders gearteten wirtschaftlichen Situation Liechtensteins beruht.

206) Vgl. dazu näher für das deutsche Recht: Art. 74 Ziff. 1 ff.;
für das österreichische Recht: Erläuternde Bemerkungen in der Regierungsvorlage zum Aktiengesetz 1965, abgedruckt bei Losert-Schiener-Stadler Anhang I S. 397 f.; für das schweizerische Recht: v. Steiger S. 12.

207) Vgl. z. B. die Ausführungsbestimmungen zu den revidierten Titeln 24 - 33 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 18. Dez. 1936, erlassen vom Großen Rat des Kantons Graubünden am 24. Mai 1939, dort besonders Artt. 1, 2; Verordnung betreffend Deposition von Aktieneinzahlungen, erlassen vom Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt am 30. Oktober 1937, dort besonders §§ 1, 3.

2. Freiheit des Entstehens von staatlicher Mitwirkung

a) Der den soeben erörterten Alternativen entgegengesetzte Ausgangspunkt, die Freiheit der Körperschaftsbildung, ist in der eingangs dieses Kapitels abgegrenzten Form weder in Deutschland noch in Österreich noch in der Schweiz verwirklicht[208]. Die Regelung des Idealvereins nach schweizerischem Bundesrecht, die hier in Betracht kommen könnte, liegt jenseits der eingangs gezogenen Obergrenze für den Bereich minimaler staatlicher Einflußnahme. Denn die nachstehend erörterten Vorschriften betreffend die Ausgestaltung des Idealvereins sind Ausdruck eines spezifisch staatlichen Leitbildes auf vereinsrechtlichem Gebiet. Die allgemeinen, für alle Rechtssubjekte geltenden Vorschriften lassen die Möglichkeit offen, z. B. über die Mittel des Vereins in den Statuten nichts auszusagen und das Vereinsleben in bezug auf Stimmrechtsverhältnisse, Häufigkeit der Generalversammlungen und die Beschlußfassung in vielgestaltiger Möglichkeit zu regeln. Anstatt diese durch die allgemeinen Gesetze unberührte Gestaltungsfreiheit den Gründern zu belassen, engt der Staat die Zahl der möglichen Gestaltungen durch folgende zwingende Vorschriften[209] ein: Art. 60 Abs. 2 ZGB verlangt, daß die Statuten Aufschluß geben über Zweck, Mittel und Organisation des Vereins. Art. 64 Abs. 3 ZGB nimmt den Gründern die Möglichkeit,

208) So z. B. für die Aktiengesellschaft ausdrücklich Hallstein S. 55. Für die Aktiengesellschaften gilt einheitlich das Erfordernis der handelsregisterlichen Eintragung (die Ausnahmefälle des Art. 763 OR haben öffentlich-rechtliches Gepräge - vgl. Siegwart in Zürcher Kommentar Bd. V Einl. III F Rdn. 89 - und scheiden daher hier aus).

209) Die Eigenschaft dieser Vorschriften als zwingendes Recht hebt Heini in Schweizerisches Privatrecht Bd. II § 53 II S. 532 f., 559, 565 hervor; vgl. auch Hafter in Berner Kommentar - 2. Aufl. - Art. 60 ZGB Anm. IV_4 Rdn. 19 .

die Einberufung der Generalversammlung von einer höheren Stimmenzahl als einem Fünftel der Mitglieder abhängig zu machen. Art. 65 Abs. 3 ZGB legt zwingend die Abberufung von Vereinsorganen aus wichtigem Grund fest. Art. 68 ZGB schafft eine starre Grenze betreffend das Abstimmen bei der unwiderleglich vermuteten Gefahr von Interessenkollision. Art. 70 Abs. 2 ZGB schließt es aus, daß die Vereinssatzung für den Austritt von Mitgliedern längere, z. B. Jahresfristen, vorsieht. Art. 75 ZGB hindert die Gründer daran, in der Satzung eine gegenüber dieser Vorschrift engere Voraussetzung für die Anfechtung von gesetzes- oder statutenwidrigen Beschlüssen aufzustellen. Art. 77 ZGB legt zwingend die Auflösungsgründe des Vereins fest, läßt also auch insoweit der Satzung keinen Spielraum. Über diese Vorschriften hinaus besteht eine erhebliche Anzahl weiterer Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit der Gründer. Hiervon seien hervorgehoben[210]: Der ungeschriebene Grundsatz der Gleichbehandlung, der Wahrung der Sonderrechte, der Mehrheitsherrschaft; ferner das Verbot des Zirkularbeschlusses bei entgegenstehendem Willen eines Mitglieds, sowie die Bestimmungen der Artt. 67 Abs. 3,72 Abs. 3 ZGB. Allen diesen Rechtssätzen ist - so begrüßenswert sie auch im einzelnen erscheinen mögen - gemeinsam, daß sie ein bestimmtes Leitbild des Staates vom Wesen des Idealvereins verwirklichen wollen. Das geschieht teils in der Weise, daß sie bei entgegenstehender Satzung den Erwerb der Rechtsfähigkeit - nach Art. 52 Abs. 2 ZGB - ausschließen (z. B. Artt. 60 Abs. 2, 64 Abs. 1 ZGB), teils in anderer Weise, z. B. durch ergänzende Auslegung der Satzung[211]. Im Ergebnis bedeutet

---

210) Vgl. Heini (Fußnote 209) S. 565; Egger (Fußnote 211) Rdn. 3 f.

211) Vgl. z. B. Tuor/Schnyder § 16 I S. 111 f., ähnlich Egger in Zürcher Kommentar Art. 60 ZGB Anm. III, Rdn.17, Art. 63 ZGB Anm. 2 Rdn. 4 f. Im Ergebnis bedeutet dies, daß nicht der Verein die Rechtsfähigkeit erwirbt, der dem in der Satzung vorgezeichneten Bild der Gründer entspricht, sondern ein mehr oder weniger abweichend gestalteter Verein.

dies, daß nur ein solcher Verein die Rechtsfähigkeit erwerben kann, der auf der Linie des spezifisch staatlichen Leitbildes liegt - eines Leitbildes, das sich nicht mit der Konkretisierung der durch die allgemeinen Gesetze aufgerichteten Schranken begnügt. Eine solche Lösung liegt außerhalb des Bereichs der minimalen staatlichen Einflußnahme[212]. Aus demselben Grunde gehören der freien Körperschaftsbildung in der hier zugrundegelegten Abgrenzung auch nicht die Kantonalrechte an, deren Inhalt - bezogen auf die dem Verein strukturell gleichenden Genossenschaften - der soeben erörterten Regelung des Idealvereins nach schweizerischem Bundesrecht entspricht[213].

3. Zwischenlösungen

- Staatliche Einflußnahme auf das Entstehen rechtsfähiger Vereine und Aktiengesellschaften, deren Intensität zwischen den zu 1) und 2) bezeichneten grundsätzlichen Lösungen liegt -

a) Der im folgenden erörterte Bereich der Zwischenlösungen umfaßt die Fälle staatlicher Einflußnahme, in denen die

212) Ähnlich Beitzke (ZHR 108 S. 32 ff. - 51 f. -), indem er hervorhebt, daß sich die so verstandene freie Körperschaftsbildung qualitativ von den Normativbestimmungen, die dem Bereich der vermittelnden Lösungen angehören, nicht unterscheidet.

213) Vgl. z. B. Kanton Zürich, Einführungsgesetz zum Schweizerischen ZGB v. 2. April 1911, § 49 Abs. 1, 2 1. Halbsatz; Kanton Graubünden, Einführungsgesetz zum Schweizerischen ZGB v. 23. Mai 1911, Art. 37; Kanton Thurgau, Einführungsgesetz zum Schweizerischen ZGB v. 25. April 1911, §§ 39 Abs. 1, 40. Auch in diesem Bereich gelten, ohne daß dies im Gesetz in jedem Fall besonders hervorgehoben ist, analog die zuvor erörterten Vorschriften des Idealvereins nach schweizerischem Bundesrecht (ähnl. Hafter - Fußnote 209 - Art. 59 ZGB Anm. II_4 Rdn. 20).

rechtsfähige private Körperschaft nur bei Vorliegen gesetzlicher Mindesterfordernisse der Satzung und Organisation im zuvor angesprochenen Sinn entsteht, oder erst nach einem staatlichen Mitwirkungsakt, auf den die Gründer zwar einen Rechtsanspruch haben, zuvor jedoch staatlichen Ordnungs- und Wertprinzipien genügen müssen.

Hier geht es zunächst um die Gestaltungsform, die der zuvor erörterten freien Körperschaftsbildung am nächsten kommt. Sie ist nur auf vereinsrechtlichem Gebiet anzutreffen, und zwar allein in der Schweiz. Sowohl der dem eidgenössischen Recht unterliegende Idealverein als auch eine Anzahl strukturgleicher Genossenschaften des kantonalen Rechts[214] weisen diese Merkmale auf. Für den dem schweizerischen Bundesrecht unterliegenden Idealverein ergibt sich dies insbesondere aus Art. 52 Abs. 2 ZGB[215]. Genauso verhält es sich mit den ländlichen Genossenschaften in den Kantonen Zürich, Graubünden und Thurgau. Daß die vorgenannten grundsätzlich frei zu schaffenden Körperschaften in bezug auf Satzung und Organisation bestimmten gesetzlichen Erfordernissen genügen müssen, also eine - wenn auch verhältnismäßig geringe - Einflußnahme des Staates auf den Gründerwillen aufweisen, ist bereits oben ausgeführt.

b) An die zuvor erörterte Alternative staatlicher Einflußnahme schließt als folgende Intensitätsstufe die Gestaltung an, bei der der Erwerb der Rechtsfähigkeit - über die Erfüllung bestimmter Erfordernisse der Satzung und Organisation hinaus - vom Registereintrag oder unwidersprochen gebliebener Anmeldung abhängt.

---

214) Beispiel sind die Kantone Zürich, Graubünden, Thurgau (wegen der Gesetzesbestimmungen vgl. im einzelnen oben Fußnote 213).

215) Vgl. - mit Hinweis auf die Vorschrift des § 1 BGB als Parallele - z. B. Tuor/Schnyder § 15 II S. 108; wegen dieser Umgrenzung vgl. auch Coing bei Staudinger Einl. VIII 3 a zu §§ 21 ff. BGB Rdn. 33.

Auch diese Alternative ist nur auf vereinsrechtlichem Gebiete anzutreffen, jedoch abweichend von der zuvor erörterten Gestaltungsform in Deutschland, in Österreich und in der Schweiz. Nach geltendem deutschen Recht erwirbt der Idealverein die Rechtsfähigkeit dadurch, daß er den in den §§ 26 Abs. 1 Satz 1, 28 Abs. 1, 32 - 35, 39, 56, 57 BGB enthaltenen Anforderungen an Satzung und Organisation genügt[216] und in das Vereinsregister eingetragen wird (§ 21 BGB). Ein im Grundsätzlichen gleiches Bild bietet der Verein mit wirtschaftlicher Zielsetzung nach schweizerischem Recht. Auch er muß neben dem Registereintrag bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen in bezug auf Satzung und Organisation genügen, die indessen nicht so umfassend wie die des deutschen Rechts für Idealvereine sind[217]. Nach österreichischem Recht erwirbt der Idealverein die Rechtsfähigkeit dann, wenn er den gesetzlichen Anforderungen an Satzung und Organisation genügt, die die Vereinsbildung der zuständigen Behörde schriftlich anzeigt und die Behörde die Vereinsbildung entweder ausdrücklich billigt oder binnen einer Frist von 6 Wochen seit Empfang der Anzeige den Verein nicht untersagt[218]. Da die Untersagung nur bei Vorliegen der gesetzlich festgelegten Tatbestände zugelassen ist[219], entspricht

---

216) Die von den Vereinsgründern nach deutschem Recht zu beachtenden, im Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Einzelheiten insbesondere hinsichtlich des Vereinsnamens, der Abgrenzung gegenüber dem Wirtschaftsverein und der staatlichen Wertvorstellungen entsprechen dem in der folgenden Fußnote 220 entworfenen Bild des österreichischen Rechts. Hierauf wird, um Wiederholungen zu vermeiden, bezug genommen.

217) Zu beachten ist, daß der Eintrag in das Handelsregister geschieht (Art. 52 Abs. 1 ZGB). Hierin liegt eine für die rechtliche Behandlung vor Erwerb der Rechtsfähigkeit (vgl. Kapitel 3 B II) erhebliche Betonung des Verkehrsschutzes.

218) § 26 ABGB in Verbindung mit § 6 Vereinsgesetz (v. 15. Nov. 1867 - RGBl. 1867 Nr. 134 - in der Neufassung gemäß BGBl. 1951 Nr. 223, zuletzt BGBl. 1962 Nr. 102.

219) Es handelt sich um die in § 6 Abs. 1 Vereinsgesetz abschließend aufgezählten Fälle (vgl. Fessler B II 6 S. 24; Ostheim S. 258).

diese Ausgestaltung staatlicher Einflußnahme graduell dem ebenfalls rechtssatzmäßig gebundenen Registereintrag. Die Anforderungen an Satzung und Organisation des Idealvereins nach österreichischem Recht zeigen im Ergebnis keine wesentlichen Unterschiede gegenüber dem deutschen Rechtszustand[220].

c) Eine gewisse Steigerung staatlicher Einflußnahme bedeutet es, wenn der Erwerb der Rechtsfähigkeit daran gebunden ist, daß Satzung und Organisation der Körperschaft zwingenden gesetzlichen Normen entsprechen, besondere - wirtschaftlich einschneidende - Vorkehrungen zum Schutze des Rechtsverkehrs getroffen sein müssen und das Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse durch einen - gleich dem Registereintrag rechtssatzmäßig gebundenen - Verwaltungsakt bestätigt werden muß.

---

220) Dieses Ergebnis findet überwiegend Zustimmung; vgl. z. B. Nipperdey bei Enneccerus § 106 III 2 Fußerl. 21 S. 637; ähnlich Gschnitzer § 18 A I 3 S. 99. Bei Beitzke (ZHR 108 S. 32 ff. - S. 47 -) ist die abweichende Ansicht dargestellt, nach der die Regelung des Idealvereins im österreichischen Recht ein verschleiertes Konzessionssystem bedeutet. Dieser Meinung dürfte nach heutigem Rechtszustand nicht zu folgen sein, da die Gründer - wie oben ausgeführt - bei Vorliegen der gesetzlich im einzelnen festgelegten Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Nichtuntersagung des Vereins und damit auf die Existenz der rechtsfähigen Körperschaft haben. Die Erfordernisse, denen die Gründer in bezug auf Satzungsinhalt und Organisation genügen müssen, ergeben unter Zugrundelegung der tatsächlichen Rechtshandhabung folgendes Bild:

Der Verein hat in seiner Satzung einen seiner Zielsetzung entsprechenden Namen zu führen (vgl. dazu Fessler B II S. 11), der nicht zu Verwechselungen insbesondere mit öffentlich-rechtlichen Körperschaften führen darf (z. B. "Kammer", VerfGH Erk. in Slg. Nr. 3258/1957), gesetzlich geschützte Berufsbezeichnungen zu achten hat (z. B. "Beeideter Buchprüfer/Steuerberater", VerfGH in Slg. Nr. 3751/1960), Anklänge an staatsgefährdende Tendenzen vermeiden muß (z. B. an

Fortsetzung der Fußnote 220) siehe S. 115

Diese Alternative ist - gleich den zu a) und b) erörterten Gestaltungen - nur im Bereich der Vereine verwirklicht, und zwar allein bei dem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit nach deutschem und dem inhaltsgleichen österreichischen Recht[221]. Die Gründer einer solchen Körperschaft müssen einen Verein schaffen, dessen Satzung und

---

Fortsetzung der Fußnote 220) von S. 114.

Namen von NS-Organisationen, VerfGH in Slg. Nr. 2208/1951). Die Statuten dürfen den Rechtsweg nicht in einer der Zivilprozeßordnung zuwiderlaufenden Weise ausschließen (VerfGH in Slg. Nr. 4044/1961). Im übrigen gelten auch hier die bezüglich der Idealvereine nach schweizerischem Recht hervorgehobenen zwingenden Erfordernisse von Satzung und Organisation; insbesondere muß eine demokratischen Grundsätzen entsprechende Willensbildung gewährleistet sein (vgl. Fessler B II 6 S. 25).

221) Die Inhaltsgleichheit von deutschem und österreichischem Recht in bezug auf diesen Bereich ergibt sich aus der Verordnung in RGBl. 1939 I S. 365 = GBl. Ö 1939 Nr. 624, durch die das deutsche Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (RGBl. 1931 I S. 315) in Österreich eingeführt worden ist. In der Schweiz unterliegen Vereinigungen dieser Zielsetzung dem allgemeinen Genossenschaftsrecht (vgl. Möller in Festschrift "Karl Haff" S. 305 ff - S. 306).

Den Regelungen des schweizerischen Kantonalrechts (z. B. Kanton Glarus, Einführungsgesetz zum ZGB vom 7. Mai 1911 - §§ 34 Abs. 2, 35 -) die die besondere Genehmigung der Statuten (Rechtsanspruch der Gründer) vorsehen, fehlt das Merkmal des qualifizierten Gläubigerschutzes.

Organisation den Einzelanforderungen genügen, die in erster Linie dem Versicherungsaufsichtsrecht, sodann dem Aktienrecht und nur in beschränktem Umfang dem Vereinsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu entnehmen sind[222]. Dabei ist zu differenzieren, ob es sich um einen großen oder sog. kleinen Versicherungsverein (§ 53 VAG) handelt; für letzteren gelten Besonderheiten[223]. Wegen der mit weittragenden Folgen verbundenen wirtschaftlichen Betätigung hat der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit den besonderen versicherungsrechtlichen Vorschriften zum Schutz des Rechtsverkehrs zu genügen, die sich im wesentlichen aus dem Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen vom 6. Juni 1931 ergeben[224]. Wenn diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, wird die - rechtssatzmäßig gebundene-staatliche Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb erteilt. Sie hat, ohne daß es eines weiteren behördlichen Aktes bedürfte[225], den Erwerb der Rechtsfähigkeit zur Folge (§ 15 VAG).

d) Letzte Stufe des Bereichs der Zwischenlösungen, an den sich der oben erörterte Bereich der staatlichen Verleihung der Rechtsfähigkeit anschließt, ist folgende Gestaltung: Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit daran, daß die entstandene private Körperschaft den - umfangreichen - gesetzlichen Anforderungen an Satzung und Organisation genügt, wirtschaftlich schwerwiegende Vorkehrungen zum Schutze des Rechtsverkehrs treffen muß und zusätzlich des mit

---

222) Vgl. Prölss, § 15 VAG Anm. 4, Vorbem. III 1 vor § 15 VAG.

223) Vgl. Prölss, § 53 VAG Anm. 3.

224) Vgl. dazu im einzelnen (z. B. zum Kautionszwang) Prölss Vorbem. IV 2 zu §§ 1 ff VAG, Vorbem. III 1 vor § 15 VAG

225) Vgl. Fromm-Goldberg, § 15 VAG Anm. 2.

Publizitätswirkung ausgestatteten Registereintrags bedarf. Auch bei dieser Gestaltungsform handelt es sich wegen der rechtssatzmäßigen Bindung des Registereintrags noch um einen Intensitätsgrad staatlicher Einflußnahme, bei dem die Gründer einen Rechtsanspruch gegen den Staat auf Herbeiführung der Rechtsfähigkeit haben[226].

Diese Alternative ist ausschließlich im Bereich der Aktiengesellschaften anzutreffen, und zwar gleichermaßen in Deutschland, in Österreich und in der Schweiz. Der Gründungsablauf nach österreichischem und schweizerischem Recht entspricht im wesentlichen den Verhältnissen des deutschen Aktienrechts, die eingangs dieser Arbeit dargestellt wurden.

---

226) Herbeiführung ist hier im Gegensatz zu "Verleihung" gebraucht. Während "Verleihung" den die Rechtsfähigkeit konstitutiv schaffenden Staatshoheitsakt darstellt, für den die vom Staat gesetzten Anforderungen nur Vorbedingungen sind (das wird besonders am Beispiel des Aktienregulativs deutlich; vgl. dazu Pisko § 100 S. 379; Granichstaedten - Czerva, Einl. XV - XVIII), meint der Begriff "Herbeiführung" etwas anderes. Hier geht es darum, daß der Staat die Rechtsfähigkeit von selbst, d. h. ohne einen im Einzelfall noch vorzunehmenden Verleihungsakt, eintreten läßt und dafür lediglich das Vorliegen bestimmter Umstände erfordert. Hierzu kann auch ein staatliches Verhalten, wie z. B. der Eintrag in das Handelsregister, gehören. Beitzke (ZHR 108 S. 32 ff. - S. 38 ff -) lehnt m. E. zu Unrecht diese Differenzierung ab und geht insbesondere daran vorbei, daß es für das Maß der Bindung des Gründerwillens einen erheblichen Unterschied bedeutet, ob die Gründer die Rechtsfähigkeit schrittweise unmittelbar herbeiführen können oder ob sie trotz Vorliegens sämtlicher Einzelerfordernisse noch auf den verleihenden Staatshoheitsakt warten müssen.

Hiernach sind übereinstimmend folgende Einzelerfordernisse des Erwerbs der Rechtsfähigkeit für die Aktiengesellschaft festzuhalten: Beschluß einer Satzung, die den gesetzlichen Mindestanforderungen genügt[227]; Schaffung einer entsprechenden körperschaftlichen Organisation, Aktienzeichnung, Einzahlung eines bestimmten Kapitals und Gründungsprüfung als vordringliche Maßnahmen des Gläubigerschutzes[228]; schließlich Eintrag in das Handelsregister[229].

---

227) Die Mindestanforderungen sind im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht im wesentlichen gleich. Das wird aus einer Gegenüberstellung der diesbezüglichen Vorschriften deutlich: § 23 Abs. 3 AktG., § 17 (österreichisches) AktG. Art. 626 OR. Ebenso stimmt die tatsächliche Rechtsanwendung im wesentlichen überein; vgl. hierzu im einzelnen

für das deutsche Aktienrecht:

Godin-Wilhelmi, Vorbem. II vor § 23 AktG. Anm. 1 - 5;

für das österreichische Aktienrecht:

Losert-Schiemer-Stadler, § 17 AktG. Anm. 4,7; sowie OGH bei Stanzl-Friedl, Bd. V, Rechtsspruch Nr. 5539; OLG Wien a.a.O. Rechtsspruch Nr. 5543 sowie Rechtsspruch Nr. 5544;

für das schweizerische Aktienrecht:

v. Steiger S. 40 f., 47 - 55 m.w.N.

Gegenüber der hier in den Vordergrund gerückten grundsätzlichen Übereinstimmung von deutschem, österreichischem und schweizerischem Aktienrecht darf indessen nicht übersehen werden, daß die im neuen deutschen Aktienrecht durchgeführte Erweiterung des ius strictum erheblich zu Lasten der Freiheit des Gründerwillens geht (vgl. dazu im einzelnen oben Fußnote 19).

228) Vgl. hierzu die im wesentlichen übereinstimmenden Vorschriften der §§ 26 f., 36 Abs. 2 (deutsches) AktG; §§ 21, 25 f., 28 Abs. 2 (österreichisches) AktG; Artt. 628, 633 OR.

229) Vgl. hierzu die im Umfang des Inhalts der Eintragungen teilweise unterschiedlichen Vorschriften des § 39 (deutsches) AktG., der §§ 32 (34) (österreichisches AktG., der Artt. 641, 643 OR.

§ 2

Einteilungsprinzip der Erscheinungsformen der staatlichen Einflußnahme

A) Darstellung der Einteilungsversuche

I. Zweiteilung in Verleihungs- und Freiheitssystem

Die Versuche, die dargestellten Wege der Gesetzgebung bezüglich der Einflußnahme des Staates auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften zu systematisieren, schließen an die oben in Kapitel 2, § 1 A I, aufgezeigten grundsätzlichen Lösungsmöglichkeiten an[1]. Ausgangspunkt sind dementsprechend die Einteilungsversuche, die auf der Grundsituation - Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit an staatliche Verleihung/Erwerb der Rechtsfähigkeit ohne staatliche Verleihung - aufbauen.

---

1) Die nachfolgende Darstellung gründet sich ausschließlich auf das Schrifttum, da die Rechtsprechung der hier zu erörternden Systematik fremd gegenübersteht. Kennzeichnend hierfür sind zwei Entscheidungen, das Urteil des Reichsgerichts vom 17. Januar 1913 in RGZ 81 S. 206 ff (210 a.E./211) und das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. Juli 1966 in BGHZ 45 S. 395 ff. (397 f.). In beiden Fällen bestand die Möglichkeit, das Ergebnis zumindest unter Zuhilfenahme der hier zu erörternden Systematik zu begründen. Das Reichsgericht beschränkte sich indessen darauf, die entscheidungserhebliche Frage - ob die Verleihung der Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB einem Idealverein die Rechtsfähigkeit verschafft - durch eine Verbalinterpretation der §§ 21, 22 BGB zu klären. Ungenutzt blieb die Möglichkeit, dieses Ergebnis darauf zu gründen, daß das für Idealvereine geltende System der Normativbestimmungen weniger staatliche Mitwirkung verlange als das Verleihungssystem des § 22 BGB für Wirtschaftsvereine und daß daher die Verleihung gemäß § 22 BGB als die umfassendere staatliche Mitwirkung für Idealvereine erst recht genügen müsse. Vergleichbare Erwägungen umgekehrter Richtung hätten dem oben angegebenen Urteil des Bundesgerichtshofs mit zugrundegelegt werden können.

Henle[2] unterscheidet zwischen dem Verleihungsprinzip und dem Freiheitsprinzip[3]. Das Verleihungsprinzip grenzt Henle in der Weise ab, daß er hierunter alle die Fälle rechnet, in denen der Verein[4] die Rechtsfähigkeit allein durch einen von den übrigen gesetzlichen Erfordernissen gesonderten Hoheitsakt erwirbt und es im Belieben des Staates steht, ob er dem Verein die Rechtsfähigkeit zuspricht oder nicht. Für alle übrigen Fälle - Erwerb der Rechtsfähigkeit entsprechend dem hierauf gerichteten Vereinsbeschluß - wählt Henle die Bezeichnung "Freiheitsprinzip"[5]. Dabei unter-

---

2) § 61 II S. 411 f.

3) Diese Zweiteilung läßt sich in Übereinstimmung mit Beitzke in ZHR 108 S. 32 ff. (S. 54 f) (ähnlich Gierke S. 21 f.) auf folgenden Kern zurückführen: Allgemein erteilte Zustimmung der Rechtsordnung zum Entstehen (rechtsfähiger) Körperschaften einerseits, andererseits Erfordernis der speziellen Genehmigung. Im ersten Fall kann die allgemein erteilte Zustimmung mit Bedingungen, z. B. hinsichtlich des Satzungsinhalts, verbunden sein ("gemäßigtes Freiheitssystem").

4) Das Einteilungsschema ist, zumal Verein und Aktiengesellschaft einander vergleichbar sind (vgl. oben 1. Kapitel Fußnote 6) auch auf die Aktiengesellschaft zu beziehen, ohne daß dies im Text besonders kenntlich gemacht werden wird.

5) Mit dieser Begriffsbestimmung weicht Henle von der herrschenden Meinung ab, die unter "Freiheit" der Körperschaftsbildung allein den Fall fehlender staatlicher Mitwirkung versteht und die von Henle als "gemäßigtes Freiheitsprinzip" bezeichneten Gestaltungen dem als selbständige Größe gedachten System der Normativbestimmung zuordnet. Vgl. z. B. Coing bei Staudinger, Einl. VIII 3 b zu §§ 21 ff. BGB - Rdn. 34 -; Leonhard § 37 III a a S. 112; Matthiaß § 28 A 1 S. 95; Schrag S. 146; so sinngemäß auch Fabricius S. 198, indem er darauf hinweist, daß die Gleichstellung des - allein auf den Handlungen der Gründer beruhenden - Vorvereins (vgl. zum Begriff: 1. Kapitel § 2 B I 2 mit Fußnote 9) mit dem rechtsfähigen Verein dem System der freien Körperschaftsbildung gleichkäme.

scheidet er zwischen dem formell oder materiell gemäßigten Freiheitsprinzip sowie dem uneingeschränkten Freiheitsprinzip[6]. Unter dem formell gemäßigten Freiheitsprinzip ist die Rechtsgestaltung zu verstehen, bei der der Erwerb der Rechtsfähigkeit unter anderem von der Eintragung des Vereins in ein Register abhängt. Das materiell gemäßigte Freiheitsprinzip umfaßt die Fälle, in denen der Staat durch sog. Normativbestimmungen materielle Anforderungen an den Inhalt der Vereinssatzung stellt, sich also nicht damit begnügt festzulegen, welche Gegenstände geregelt sein müssen, sondern den Inhalt der Regelung vorschreibt[7]. Als gesetzliches Musterbeispiel für das Verleihungsprinzip sieht Henle den § 22 BGB an, für das - gemäßigte - Freiheitsprinzip § 21 BGB.

Ähnlich ist die Einteilung Eggers[8]. Er unterscheidet zwischen der Freiheit der Körperschaftsbildung und der Gebundenheit an staatliche Bewilligung[9]. Die Freiheit der

---

6) Den Begriff "uneingeschränktes Freiheitsprinzip" gebraucht Henle zwar nicht, jedoch geht aus seinen Ausführungen a.a.O. diese Differenzierung hervor.

7) In den Beratungen betreffend das Bürgerliche Gesetzbuch wurde die Auffassung vertreten, daß die Freiheit der Körperschaftsbildung und das Bestehen sogenannter Normativbestimmungen nahe miteinander verwandt seien (vgl. Mugdan Bd. I S. 602; ebenso Hedemann S. 46 Fußerl. 6; Gierke S. 31 - 33).

8) Egger in Zürcher Kommentar, Art. 52 ZGB. Anm. IV, Rdn. 16. Eine vergleichbare Abgrenzung läßt Gierke S. 31 - 33 erkennen; ähnlich auch Heini in Schweizerisches Privatrecht § 53 II S. 520 Fußerl. 15.

9) Egger gebraucht den Begriff der Gebundenheit (des Erwerbes der Rechtsfähigkeit an staatliche Bewilligung) zwar nicht, umschreibt aber so sinngemäß die der freien Körperschaftsbildung entgegengesetzte Alternative.

Körperschaftsbildung grenzt er dahin ab, daß hierunter zwei Alternativen fallen: Erwerb der Rechtsfähigkeit ohne staatliche Mitwirkung, Erwerb der Rechtsfähigkeit nach Erfüllung bestimmter Formalien[10]. Wesentliches Kennzeichen der freien Körperschaftsbildung ist für ihn, daß der Staat den Erwerb der Rechtsfähigkeit nicht hindern kann, insbesondere keine Einsprache oder polizeiliche Aufsicht hat. Die im Gesetz enthaltenen Formalvoraussetzungen dürfen lediglich ein "zusätzliches Erfordernis zur Perfektion des Gründungsgeschäfts" sein. Alle übrigen Fälle[11] rechnet Egger zur Gebundenheit der Körperschaftsbildung[12].

II. Dreiteilung in Konzessionssystem, System der Normativbestimmungen und System der freien Körperschaftsbildung

Am häufigsten ist das Einteilungsprinzip anzutreffen, das bei der Einflußnahme des Staates auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften[13] drei Intensi-

10) Letztere Alternative bezeichnet Egger - m. E. begrifflich zu eng, da auch die Eintragung in ein Register mit umfassend - als "Normativsystem".

11) Wegen der Abgrenzung dieser Fälle vgl. zuvor die Darstellung der 1. Alternative bei Henle.

12) Diese Begriffsbestimmung ist ähnlich wie die der Freiheit der Körperschaftsbildung durch unterschiedliche Abgrenzung gekennzeichnet. Die dabei auftretenden Nuancierungen bleiben indessen hier unerörtert, da sie ausschließlich im Rahmen der nachfolgend darzustellenden Einteilungsversuche ("Dreiteilung", "Vierteilung") grundsätzliche Bedeutung haben.

13) Beitzke (Fußnote 3) S. 33, 54 und Hallstein S. 55 heben hervor, daß diese Systeme an die verschieden intensiv geartete staatliche Einflußnahme auf die private Körperschaftsbildung anschließen.

tätsstufen unterscheidet und sie - beginnend mit der freiesten Gestaltungsform - wie folgt bezeichnet:

System der freien Körperschaftsbildung,
System der Normativbestimmungen,
Konzessionssystem.

Die Abgrenzung dieser Intensitätsstufen ist unterschiedlich. Überwiegend[14] wird folgendermaßen differenziert:

(1) Das System der freien Körperschaftsbildung liegt vor, wenn die Rechtsordnung die entstandene private Körperschaft ohne weiteres - wie den Menschen mit seiner Geburt - als Rechtssubjekt anerkennt. Das System der Normativbestimmungen besteht darin, daß der Staat unter Selbstbindung[15] denjenigen privaten Körperschaften die Rechtsfähigkeit zuerkennt, die die im Gesetz aufgestellten Organisationserfordernisse[16] erfüllen und dies durch Registereintrag verlautbaren. Das Konzessionssystem liegt demgegenüber vor, wenn die Körperschaft die Rechtsfähigkeit ausschließlich - ohne daß ein Rechtsanspruch besteht - durch einen hoheitlichen Verleihungsakt erhält.

Während die meisten der hierher zählenden Autoren[17] es bei dieser kurzen Abgrenzung bewenden lassen, suchen

---

14) Coing bei Staudinger Einl. VIII, Rdn. 33 - 35 zu §§ 21 ff. BGB; Nipperdey bei Enneccerus Bd. I § 106 III S. 637 f.; Endemann (Bd. I § 44 a) I S. 195 - 199 mit Fußerl. 3; Kuhlenbeck Bd. I Vorbem. I 1(2) vor §§ 21 ff. BGB; Türcke § 21 BGB Anm. 1; Rehbein Bd. I §§ 21 - 54 BGB Anm. II 2 S. 40; Schrag S. 146; Menger S. 62 f; Tuor/Schnyder § 15 II a S. 108 f.

15) Gemeint ist hier, daß der Bürger einen Rechtsanspruch auf das zur Entstehung der rechtsfähigen Körperschaft notwendige Staatshandeln haben muß; Fälle des pflichtgemäßen Ermessens scheiden hier aus.

16) Hierunter sind die Satzung und ihre Verwirklichung im tatsächlichen Aufbau der Körperschaft zu verstehen.

17) Coing bei Staudinger, Endemann, Kuhlenbeck, Türcke, Rehbein, Schrag, Menger, Tuor - sämtlich wie Fußnote 14.

andere diese Differenzierung zu verfeinern. Als Beispiel ist auf Nipperdey[18] hinzuweisen, der klarstellt, daß mit der "freien Körperschaftsbildung" die vollständige Freiheit von staatlicher Mitwirkung gemeint und hiermit die Pflicht zur Gründungsanzeige an die Polizeibehörde unvereinbar sei.

(2) Bei im übrigen - System der freien Körperschaftsbildung, Konzessionssystem - gleicher Abgrenzung wird das System der Normativbestimmungen untergegliedert. Die Vertreter dieser Auffassung[19] unterscheiden zwischen dem System der Normativbestimmungen mit und ohne Registerzwang. Dieser Differenzierung liegt die Erkenntnis zugrunde, daß begrifflich Normativbestimmungen den Einfluß des Staates auf die Ausgestaltung von Satzung und Organisation der Körperschaft bedeuten und nicht notwendigerweise mit der Eintragung der Körperschaft in ein Register verbunden sind[20]. Einen Anhalt im Gesetz bietet § 15 VAG[21], der für die innere Ausgestaltung des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit Normativbestimmungen vorsieht, den Erwerb der Rechtsfähigkeit jedoch nicht von einem Registereintrag abhängig macht[22].

---

18) Nipperdey bei Enneccerus S. 637 a. E.; vgl. ferner dazu Beitzke (Fußnote 3) S. 43 ff., 50 ff. m.w.N.

19) Matthiaß § 28 A 1 S. 96; Gschnitzer § 18 AI 3 S. 99, ähnlich Neumann, Vorbem. 3 zu §§ 21 ff. BGB (S. 44).

20) Ähnlich Beitzke (Fußnote 3) S. 32, indem er auf die Unsicherheiten bei der begrifflichen Abgrenzung der drei Systeme hinweist.

21) Auf dieses Beispiel weist Beitzke (Fußnote 3) S. 34 a.E. i.V. m. Fußerl. 11 hin.

22) Vgl. Prölss § 8 VAG Anm. 4 i.v.M. § 15 Anm. 12; Fromm-Goldberg § 15 VAG Anm. 2.

Eine Variante dieses Einteilungsversuches besteht darin, außerdem noch in das System der Normativbestimmungen mit staatlichem Einspruchsrecht unterzugliedern. Als gesetzliche Muster dieser Unterscheidung wird auf § 26 ABGB in Verbindung mit §§ 6, 8 VereinsG 1951 sowie auf § 61 Abs. 2 BGB a.F. hingewiesen[23]. Wollte man die hier erörterten Untergliederungen des Systems der Normativbestimmungen in eine nach der Intensität des Staatseinflusses gestufte Reihenfolge einordnen, müßte die das staatliche Einspruchsrecht betreffende Alternative an der Grenze zum Konzessionssystem stehen[24].

(3) Eine den Bereich des Systems der freien Körperschaftsbildung unmittelbar betreffende Abgrenzung besteht darin, auch die Fälle der freien Körperschaftsbildung zuzuordnen, in denen der Verein die Gründung der Verwaltungsbehörde anzuzeigen hat[25]. Durch die begriffliche Erweiterung dieses Bereiches wird notwendigerweise der Umfang der anschließenden Intensitätsstufe - System der Normativbestimmungen - eingeengt.

(4) Eine Differenzierung besonderer Art[26] besteht darin, zwischen folgenden drei Alternativen zu unterscheiden, die

---

23) Nipperdey bei Enneccerus § 106 III S. 638 (insbesondere Fußerl. 23; ferner Fußerl. 22 S. 637); Hedemann S. 46 Fußerl. 6; Neumann Vorbem. 3 b) zu §§ 21 ff. BGB.

24) Coing bei Staudinger Vorbem. IX_2 vor §§ 21 ff BGB Rdn. 29 bezeichnet diese Fälle sogar als "verkapptes Konzessionssystem".

25) So Wolff bei Klang/Gschnitzer §§ 26, 27 ABGB Anm. VIII, Egger in Zürcher Kommentar, Bd. I, Vorbem. II 1 Rdn. 4 zum 2. Titel - Artt. 52 ff. ZGB -. Abw. Coing bei Staudinger (Fußnote 24); Ehrenzweig § 83 I S. 209 mit Fußerl. 3, ferner die in Fußnote 23 Genannten.

26) Der öffentlich-rechtliche Aspekt wird hier besonders betont; wegen der - bei der logisch gebotenen Trennung von privatem und öffentlichem Recht - notwendigen Einheit der Betrachtungsweise vgl. oben 1. Kapitel Text § 1 B I mit Fußnoten 34, 36.

in der Abstufung - nicht in der Einzelausgestaltung - dem Einteilungsschema System der freien Körperschaftsbildung, System der Normativbestimmungen, Konzessionssystem - entsprechen[27].

Grundsätzlich freie Vereinsbildung, lediglich einzelne Vereine generell oder speziell verboten;

grundsätzlich freie Vereinsbildung - wie zuvor -, jedoch genießen einzelne generell oder speziell bezeichnete Vereine Vorrechte, wenn sie besonders zugelassen sind.

Grundsätzlich Vereine verboten; nur die besonders zugelassenen Vereine genießen eine besondere Rechtsstellung (Rechtspersönlichkeit).

Diese an das französische, schweizerische und preußische Recht anknüpfende Einteilung beruht im Kern auf der Unterscheidung zwischen der Voll- und der Teilrechtsfähigkeit. Sie bleibt dementsprechend für die weitere Erörterung außer Betracht.

III. Vierteilung in Oktroisystem, Konzessionssystem, System der Normativbestimmungen und System der freien Körperschaftsbildung

Einige Autoren[28] unterscheiden vier gesondert zu betrachtende Intensitätsbereiche staatlicher Einflußnahme. Die beiden ersten Stufen - System der freien Körperschaftsbildung, System der Normativbestimmungen - werden wie zuvor

27) Schnorr von Carolsfeld § 18 A I S. 236 i.V.m. Fußerl. 6.

28) Hallstein S. 55 ff; Schmidt/Meyer-Landrut in Großkommentar zum Aktiengesetz, Einl. Bd. I; Baumbach-Hueck Einl. II 1 Rdn. 6; Lehmann § 7 S. 81 f., Schwarz S. 1.

unter II) abgegrenzt[29]. Die weitergehende Differenzierung bezieht sich auf die daran anschließende Stufe: stärkste staatliche Einflußnahme. Während, wie unter II) dargestellt, der überwiegende Teil des Schrifttums diesen Bereich komplex betrachtet und ihn als "Konzessionssystem" kennzeichnet, unterscheiden die hier zu erörternden Autoren zwischen dem Konzessionssystem und dem Oktroisystem.

Diese Differenzierung ist besonders klar bei Hallstein[30] durchgeführt. Er grenzt das Oktroisystem dahin ab, daß es die Fälle umfasse, in denen eine Körperschaft die Rechtsfähigkeit ausschließlich durch Sondergesetz oder durch einen diesen gleichkommenden Hoheitsakt erwerben könne. Als grundlegend sieht er an, daß die Entscheidung über die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit völlig frei sei, also auch außerhalb gerichtlicher Kontrolle stehe. Das Konzessionssystem bezieht Hallstein auf die zwischen dem Oktroisystem und dem System der Normativbestimmungen liegenden Fälle. Dem Konzessionssystem werden bei dieser Abgrenzung lediglich die Fälle zugewiesen, in denen die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit auf einer abstrakten Norm beruht und im - nachprüfbaren - Ermessen der Verwaltung steht[31].

---

29) Das System der freien Körperschaftsbildung wird von den in Fußnote 28 bezeichneten Autoren zwar nicht ausdrücklich genannt, jedoch als eine vom System der Normativbestimmung zu sondernde Größe stillschweigend vorausgesetzt. Diese Handhabung wird aus der Bemerkung Hallsteins (S. 55) verständlich, für die - von sämtlichen Autoren (Fußnote 28) ausschließlich erörterten - Aktiengesellschaften sei in keinem Recht das System der freien Körperschaftsbildung verwirklicht worden.

30) Hallstein S. 55, 57.

31) Fälle, in denen eine Vorschrift des materiellen Rechts die Ermessensentscheidung der Nachprüfung entzieht, gehören gleichfalls in die vorige Alternative (Oktroisystem).

Indessen sind - worauf Hallstein hinweist - hierher auch die Fälle zu rechnen, in denen das Gesetz die nach der Satzung beabsichtigte Tätigkeit der Körperschaft genehmigungspflichtig macht, das Erfordernis der Genehmigung auf Körperschaften beschränkt, die Genehmigung in das freie Ermessen der Verwaltung stellt und das Fehlen der Genehmigung als absolutes Hindernis für den Erwerb der Rechtsfähigkeit ansieht[32].

Von einer ähnlichen Abgrenzung gehen Hueck[33] und Schwarz[34] aus, indem sie auf die historische Entwicklung der Aktiengesellschaft - und damit auf den Erwerb der Rechtsfähigkeit durch den einem Sondergesetz gleichkommenden landesherrlichen Verleihungsakt bezug nehmen. Dasselbe gilt für Lehmann[35] sowie Schmidt/Meyer-Landrut[36]. Letztere messen jedoch dem Unterschied zwischen Oktroisystem und Konzessionssystem keine grundsätzliche Bedeutung bei.

---

32) Hallstein S. 58 a. E., S. 59 wegen der dieser Arbeit zugrundeliegenden abweichenden Abgrenzung vgl. Kapitel I Fußnote 13.

33) Baumbach-Hueck Einl. II 1 Rdn. 6.

34) Schwarz S. 1.

35) Lehmann Bd. I § 7 S. 81 f.

36) Schmidt/Meyer-Landrut in Großkomm. z. Aktiengesetz Einl. Bd. I.

IV. Die Neueinteilung Beitzkes

Beitzke[37] nimmt eine von den zuvor dargestellten Wegen grundsätzlich abweichende Einteilung vor.

Er unterscheidet bei der Einflußnahme des Staates auf das Entstehen privater rechtsfähiger Körperschaften vier Problemgruppen:

Problemkreis

1. der Erlaubtheit und sozialen Zweckmäßigkeit der juristischen Person,
2. der Organisation der juristischen Person,
3. der Publizität,
4. der Verfahrensgestaltung - welche Behörde bei der Entstehung der juristischen Person mitzuwirken hat.

Eine Systematisierung nimmt Beitzke in der Weise vor, daß er die einzelnen gesetzlichen Ausgestaltungen der privaten Körperschaften unter diesen vier Gesichtspunkten untersucht und sie in die innerhalb der Problemkreise aufgestellten Alternativen einordnet.

Bei der Erlaubtheit (Zulässigkeit) - und dem zugrundeliegenden Problem der sozialen Zweckmäßigkeit - unterscheidet Beitzke, insoweit der Einteilung zu I folgend, zwei

---

37) Beitzke (Fußnote 3) S. 57 ff. Ansätze für die von Beitzke vorgenommene Neueinteilung finden sich bei Regelsberger § 78 S. 309 - 312, indessen fehlt die Herausarbeitung der von Beitzke unterschiedenen grundsätzlichen Problemkreise. Deshalb wird auf die prinzipiell bedeutsame Aufgliederung Regelsbergers im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht näher eingegangen. Die grundsätzliche Bedeutung der Einteilung Beitzkes verkennt Heini (Schweizerisches Privatrecht § 53 II S. 520), indem er Beitzke zusammen mit Nipperdey bei Enneccerus zu den Vertretern der überkommenen Einteilung in die drei Systeme (zuvor II) rechnet.

grundsätzliche Möglichkeiten: Generelle Erlaubnis juristischer Personen oder Einzelerlaubnis. Der Alternative der generellen Erlaubnis rechnet er - mit den nachstehend bezeichneten Einschränkungen - auch die Fälle zu, in denen der Erwerb der Rechtsfähigkeit von der Erfüllung bestimmter im Gesetz bezeichneter Erfordernisse abhängig ist. In Übereinstimmung mit Henle, Gierke, Hedemann bezeichnet er die so aufgefaßte generelle Erlaubnis als freie Körperschaftsbildung. Der Alternative der Einzelerlaubnis - oben als "Gebundenheit" der Rechtsfähigkeit bezeichnet - ordnet er sämtliche übrigen Fälle zu, und zwar abweichend von der üblichen Abgrenzung auch die, bei denen der Erwerb der Rechtsfähigkeit notwendig von einer behördlichen Erlaubnis oder Registereintragung abhängt, auf das Tätigwerden der Behörde indessen ein Rechtsanspruch besteht.

Bei der Organisation der juristischen Person differenziert Beitzke danach, ob gesetzliche Normativbestimmungen bestehen oder nicht. Im Falle des Vorhandenseins gesetzlicher Organisationsnormen unterscheidet er weiter danach, ob diese Bestimmungen eine abschließende Regelung des Aufbaues der juristischen Person enthalten (z. B. durch Aufstellung bestimmter Organisationstypen), oder ob sie lediglich - von der Behörde auffüllbare - Mindestvoraussetzungen aufstellen.

In bezug auf die Publizität unterscheidet Beitzke eine Vielzahl von Möglichkeiten. Die freieste Ausgestaltung ist nach dieser Einteilung die, bei der das Gesetz von jeglicher Publizierung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit absieht. Als Stufen auf dem Weg zur stärksten Form der Publizität kommen in Betracht: Veröffentlichung lediglich der Statuten, Veröffentlichung weiterer Verhältnisse der Körperschaft, Registereintrag in verschiedener Ausgestaltung und rechtlicher Qualität, Erfordernis besonders bescheinigter behördlicher Erlaubnis, schließlich: Veröffent-

lichung im Gesetzblatt.

Bei dem organisatorischen Problem, welche Stelle des Staates in dieser Weise am Erwerb der Rechtsfähigkeit mitzuwirken hat, trifft Beitzke folgende Differenzierungen: Nimmt der Staat Einschränkungen in bezug auf die Erlaubtheit oder soziale Zweckmäßigkeit vor, wird er in der Regel die Entscheidung der Verwaltung übertragen. Die Einflußnahme auf die Organisation kann entweder - als freieste Gestaltung - dem Gewohnheitsrecht überlassen sein, oder der Verwaltung oder gar dem Gesetzgeber in jedem Einzelfall. Genauso verhält es sich bei der Mitwirkung an der Publizierung.

Die Folge dieser differenzierenden Betrachtungsweise ist, daß die Neueinteilung Beitzkes abweichend von der herkömmlichen Systematisierung nicht zu einer einheitlichen Einordnung führt, sondern - entsprechend den aufgezeigten Alternativen - zu Einzelaussagen innerhalb der vier Problemkreise.

B) Bestimmung des dieser Arbeit zugrundezulegenden Einteilungsprinzips

I. Kritische Würdigung der zu A) dargestellten Einteilungsversuche

1. Kriterien der Würdigung

Die im folgenden anzuwendenden Kriterien ergeben sich aus zwei verschiedenen Bereichen: aus dem Untersuchungsgegenstand sowie aus den bei einer rechtstheoretischen Systematisierung allgemein zu beachtenden Grundsätzen[38].

38) Ähnlich geht Beitzke (Fußnote 3) bei seiner eingehenden Kritik der im Schrifttum üblichen Einteilungsprinzipien vor.

Der Untersuchungsgegenstand steht hierbei an erster Stelle. Denn eine Systematisierung, die seine tatsächliche Beschaffenheit, insbesondere die grundsätzlichen Strukturmerkmale, außer acht läßt, ist notwendigerweise unbrauchbar. Dementsprechend sei zunächst das an den Untersuchungsgegenstand anschließende Kriterium erörtert.

Wie oben bei der Auswahl der in Betracht zu ziehenden Entwicklungsstadien der Körperschaften festgestellt wurde, geht es hier um das Spannungsfeld zwischen einerseits dem Verlangen des Staates nach möglichst vollständiger Reglementierung des privaten Körperschaftswesens, andererseits dem Prinzip der Privatautonomie, das der Einflußnahme des Staates auf das Entstehen rechtsfähiger privater Körperschaften entgegengesetzt ist. In diesem Wirkungsfeld widerstreitender Interessen gilt es, die voneinander grundsätzlich zu unterscheidenden Intensitätsbereiche, die mehrere - für sich betrachtet - erhebliche Einzelabstufungen in sich vereinen können, sichtbar werden zu lassen. Bezugspunkt ist der Wirkungsgrad des Gründerwillens. Die möglichen Grade sind verschieden danach, je nachdem, ob der Gründerwille zu seiner Verwirklichung der staatlichen Mitwirkung[39] oder Qualifizierung[40] bedarf oder nicht. Ersterenfalls bleibt zu differenzieren, wie schwerwiegend - vom Standpunkt der Gründer aus[41] - die Erfordernisse sind, die der Staat aufgestellt hat, damit er seine notwendige

39) Zum Beispiel durch Registereintrag oder Verleihung der Rechtsfähigkeit mittels gesonderten Staatshoheitsakts.

40) Zum Beispiel bestimmte Ausgestaltung der Satzung.

41) Daß dieser Blickpunkt entscheidend ist, wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt (Vgl. oben 1. Kapitel § 2 C).

Mitwirkung vornehme oder den geäußerten Gründerwillen anerkenne. Grundlegendes Kriterium[42] für die Brauchbarkeit der oben dargestellten Einteilungsversuche ist somit, ob sie mit denjenigen Abstufungen der Freiheit und der Gebundenheit der Körperschaftsbildung übereinstimmen, die für die Gründer prinzipielle Unterschiede für die Wirksamkeit ihres Gründerwillens bedeuten.

2. Die Anwendung der Kriterien auf die dargestellten Einteilungsversuche

a) Der Einteilungsversuch zu AI

Die Einteilung in Freiheits- und Verleihungssystem geht davon aus, daß folgende Alternativen der Stellung des Staates zu den rechtsfähigen privaten Körperschaften als Einheit[43] zu betrachten seien:

Entstehen der rechtsfähigen privaten Körperschaft frei von jeder staatlichen Mitwirkung oder Einflußnahme auf den sachlichen Gehalt des Gründerwillens;

---

42) Ergibt sich für einen der wiedergegebenen Einteilungsversuche, daß er diese grundlegende Voraussetzung erfüllt, so bleibt weiter zu prüfen, inwieweit er in anderer Hinsicht den an eine Systematisierung zu stellenden Anforderungen gerecht wird. Hierbei kommt - wie unten zu c, d im einzelnen ausgeführt - dem Erfordernis der hinreichenden Differenzierung der als Vergleichsbasis gewählten Gesichtspunkte besondere Bedeutung zu. Das hebt Beitzke (Fußnote 3) in seiner eingehenden Kritik hervor. An dieser Stelle mag im Hinblick auf die folgenden Ausführungen dieser Hinweis genügen.

43) Die Untergliederung Henles (vgl. Fußnoten 2 - 7) in formell oder materiell gemäßigtes Freiheitsprinzip einerseits, uneingeschränktes Freiheitsprinzip andererseits besagt nichts Abweichendes. Denn Henle gebraucht als einheitlichen Oberbegriff "Freiheitsprinzip" und gibt damit zu erkennen, daß er die vorbezeichneten Untergliederungen lediglich als Schattierungen derselben Alternative - freie Körperschaftsbildung - betrachtet.

Zwischenlösungen, bei denen die Gründer zwar einen Rechtsanspruch auf die erforderliche staatliche Mitwirkung haben oder der Satzung nur einen bestimmten Inhalt zu geben brauchen - jedoch in den Einzelvoraussetzungen den staatlichen Ordnungs- und Wertprinzipien folgen müssen.

Dieser Zusammenfassung ist hier nur dann zu folgen, wenn es den Gründern im Bereich der Zwischenlösungen genauso leicht wie im ersteren Bereich sein sollte, die beabsichtigte rechtsfähige private Körperschaft entstehen zu lassen.

Im ersteren Bereich obliegt es den Gründern lediglich, ein körperschaftliches, mit den allgemeinen Gesetzen vereinbares Gebilde zu schaffen; der Erwerb der Rechtsfähigkeit schließt infolge der generellen Erlaubnis des Staates zur Bildung rechtsfähiger privater Körperschaften an diesen Sachverhalt an. Im letzteren Bereich bietet sich ein wesentlich verschiedenes Bild. Die Schaffung eines körperschaftlichen Gebildes ist zwar auch hier Voraussetzung für die juristische Persönlichkeit, sie reicht aber anders als im ersteren Fall nicht aus. Die Gründer haben, um das erstrebte Ziel zu erreichen, mehr oder weniger belastenden weiteren Erfordernissen zu genügen, wie z. B. bestimmte Ausgestaltung der Satzung und - tatsächlichen - Organisation, Aufbringung eines bestimmten Grundkapitals[44]. Dabei bedeutet es bloß eine Frage der gesetzestechnischen Handhabung, ob die Gründer bei Vorliegen der zusätzlichen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Vornahme des staatlichen Mitwirkungsakts erwerben oder ob die Rechtsfähigkeit in diesem Fall ohne Zwischenschaltung eines staatlichen Mitwirkungsaktes von selbst eintritt. Angesichts der stark unterschiedlichen Situation der Gründer sind die eingangs bezeichneten

---

44) Satzung und (tatsächliche) Organisation sind kumulativ zu beachtende Umstände, vgl. Seiler S. 16.

Alternativen grundsätzlich voneinander verschieden[45]. Die Zweiteilung in Freiheits- und Verleihungsprinzip, die im Gegensatz hierzu die beiden zuvor genannten Alternativen als Einheit voraussetzt, muß dementsprechend für die vorliegende Untersuchung ausscheiden.

b) Der Einteilungsversuch zu A IV

Denselben Mangel weist die Neueinteilung Beitzkes auf; die von Beitzke im Bereich der Zulässigkeit der rechtsfähigen privaten Körperschaften getroffene Unterscheidung zwischen freier Körperschaftsbildung und Gebundenheit entspricht inhaltlich der soeben verworfenen Zweiteilung in Freiheits- und Verleihungssystem[46]. Inwieweit die Neueinteilung Beitzkes im übrigen - in Aufbau und Umfang der Betrachtung[47] - als Grundlage des gesuchten Einteilungsprinzips dienen kann, ist später zu erörtern.

c) Der Einteilungsversuch zu A II

Die Einteilung in System der freien Körperschaftsbildung, System der Normativbestimmungen und Konzessionssystem berücksichtigt die zuvor als notwendig erkannte grundsätzliche Unterscheidung.

Dieser Systematisierungsversuch faßt indessen die Erscheinungsformen staatlicher Einflußnahme zu einer Einheit - unter dem Begriff "Konzessionssystem" - zusammen, bei denen die Gründer keinen Rechtsanspruch auf das zum Erwerb der Rechtsfähigkeit erforderliche Staatshandeln haben. Diese Alternativen sind, die oben dargestellten Schattierungen beiseitegelassen, die beiden folgenden Wege:

45) Sinngemäß stimmen dem alle die Autoren zu, die von der grundsätzlichen Drei- oder Vierteilung ausgehen (vgl. oben Text mit Fußnoten zu A II, III).

46) Vgl. oben Text zu A IV a. E.

47) Gemeint ist hier das 2. Kriterium für das zu ermittelnde Einteilungsprinzip, nämlich, daß es den an eine Systematisierung allgemein zu stellenden Anforderungen genügen muß.

Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit an einen Verwaltungsakt, der zwar im Ermessen der Behörde steht, jedoch der gerichtlichen Ermessenskontrolle unterliegt; Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit an einen freien Staatshoheitsakt ohne die Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung.

Dieser Zusammenfassung läßt sich nur dann folgen, wenn der Wirkungsgrad des Gründerwillens im Bereich der beiden Alternativen nicht wesentlich voneinander abweicht.

Ist der Erwerb der Rechtsfähigkeit an einen auf Ermessensfehlgebrauch[48] gerichtlich überprüfbaren Verwaltungsakt gebunden, so haben die Gründer zwar keinen Rechtsanspruch auf Vornahme des Verwaltungsakts. Sie können aber erzwingen, daß der Staat durch seine zuständige Behörde über ihr Gesuch gemäß dem Gesetz entscheidet. Insbesondere wegen des psychologischen Eindrucks einer weisungsunabhängigen Kontrolle wirkt sich diese Gestaltung im tatsächlichen Ergebnis ähnlich aus, als hätten die Gründer - bei Vorliegen von Umständen, die bei ermessensgemäßem Handeln zur Verleihung der Rechtsfähigkeit führten - einen Rechtsanspruch dieses Inhalts. Wesentlich anders verhält es sich in dem Fall, in dem eine gerichtliche Kontrolle fehlt. Die sich faktisch schrankenlos dünkende Staatsgewalt, gleichviel, ob es sich um den Gesetzgeber selbst[49] oder um eine der gerichtlichen

48) Dieser Begriff umfaßt entsprechend der herrschenden Terminologie (vgl. z. B. Forsthoff § 5 S. 79) die Fälle der Überschreitung der Grenzen des Ermessens sowie des Ermessensmißbrauchs.

49) Gedacht ist hier an die oben (2. Kap.) § 1 A I erörterte Alternative des Einzelfallgesetzes. Auf die Unterscheidung dieses Falles von der Verleihung durch die Behörde ist bei Gutzmiller (Schweizerisches Privatrecht) § 52 S. 469 Fußerl. 2 hingewiesen.

Kontrolle entzogene Behörde handelt[50], stellt für den Gründerwillen ein unberechenbares Hindernis dar. Die Möglichkeit, den Staat bei dieser Ausgestaltung zur Verleihung der Rechtsfähigkeit zu bewegen, ist auf rechtssatzmäßig nicht faßbare Geschehensabläufe beschränkt und unterscheidet sich dementsprechend grundsätzlich von der Alternative gerichtlich überprüfbarer Ermessensentscheidung.

Da die eingangs dieses Abschnitts bezeichnete Einteilung somit auf einer nicht hinreichenden Differenzierung im Bereich der staatlich gebundenen Rechtsfähigkeit beruht, scheidet sie ebenso wie die unter a) und b) behandelte Zweiteilung aus.

d) Der Einteilungsversuch zu A III

Die Einteilung in System der freien Körperschaftsbildung, System der Normativbestimmungen, Konzessionssystem und Oktroisystem weist sowohl im Bereich der freieren Gestaltung als auch in dem soeben erörterten Bereich der Gebundenheit die notwendigen Differenzierungen auf und erfüllt daher das grundlegende Erfordernis des zu ermittelnden Einteilungsprinzips. Die Frage, ob die Einzelabgrenzungen zutreffen, bleibt der späteren Inhaltsbestimmung vorbehalten.

Die folgenden Erörterungen dienen entsprechend der eingangs dieses Abschnitts gegebenen Disposition dazu, zu klären, ob das soeben dargestellte System der Vierteilung so, wie es verwendet wird, hinreichend zwischen den dabei in Betracht zu ziehenden Aspekten der Körperschaftsbildung

---

50) Diese Gestaltung kommt oft in diktatorisch regierten Staaten vor, da diesen Gemeinwesen - meist aus ideologischen Gründen - der Abbau des Individualrechtsschutzes gegenüber der Staatsgewalt eigentümlich ist. Präsente Beispiele bieten die sog. Ostblockstaaten.

unterscheidet[51]. Maßgebend für die Anforderungen, denen ein System in dieser Hinsicht zu genügen hat, ist der Umfang der Aussage, den die Einordnung einer Gesetzesregelung in dieses System ergeben soll. Um den Aussagegehalt der hier erörterten Systematik festzustellen, sind zweckmäßigerweise die Ausführungen Hallsteins[52] als des profiliertesten Vertreters[53] zur Grundlage zu nehmen.

Hallstein bedient sich des hier erörterten Einteilungsprinzips dazu, rechtsvergleichend zu betrachten, wie in den einzelnen Staaten und Rechtsepochen private Körperschaften - als Aktiengesellschaften - die Rechtsfähigkeit erworben haben, und zwar mit Blickrichtung auf die Einflußnahme des Staates. Als Ergebnis der systematischen Einordnung, z. B. einzelner Bank-Aktiengesellschafts-Regelungen unter das Konzessionssystem, nimmt Hallstein die prinzipielle Vergleichbarkeit der rechtlichen Ausgestaltung dieser Gesellschaften in den betreffenden Staaten an. Da er im übrigen nicht weiter in bezug auf Einzelaspekte unterscheidet, ist der Aussagegehalt der Systematisierung dahin abzugrenzen, daß die Einordnung in eine der vier Kategorien die umfassende Vergleichbarkeit - z. B. der Bank-Aktiengesellschaft in Staaten mit diesbezüglichem Konzessionssystem - bedeuten soll. Infolge dieses weitgespannten Aussagegehalts ist notwendigerweise zu verlangen, daß der begrifflich mit "System der freien Körperschaftsbildung, System der Normativbestimmungen, Konzessionssystem, Oktroisystem" gemeinte Aspekt der Zulässigkeit der Körperschaftsbildung die einzige Grundlage für eine vergleichende Betrachtung des Entstehens rechtsfähiger privater Körperschaften bedeutet.

---

51) Beitzke (ZHR 108 S. 32 ff, S. 55 ff-) verneint das, indem er sämtlichen Einteilungsversuchen dieser Art die oben im einzelnen entworfene Neueinteilung entgegenstellt.

52) Vgl. Hallstein S. 55 - 64.

53) So sinngemäß auch Beitzke (ZHR 108 S. 32 ff. - S. 36 a. E. ff-).

Daß diese Voraussetzung nicht vorliegt, sondern drei weitere grundsätzliche Problemkreise zu unterscheiden sind, hat Beitzke überzeugend nachgewiesen. Auf die eingehende Darstellung seiner Auffassung, der sich der Verfasser insoweit anschließt, wird - um Wiederholungen zu vermeiden - bezug genommen.

Dem soeben gekennzeichneten systematischen Mangel des Prinzips der Vierteilung in seiner skizzierten Fassung läßt sich abhelfen. Da das Problem der Zulässigkeit einer der mehreren Problemkreise ist, die Beitzke zutreffend als notwendige Grundlage einer vergleichenden - und damit systematisierenden - Betrachtung herausgearbeitet hat, erscheint eine Kombination der beiden für Teilbereiche als richtig erkannten Einteilungsversuche geboten.

Hiernach zeichnet sich das zutreffende Einteilungsprinzip mit folgenden Umrissen ab: In dem dieser Arbeit wesentlich zugrundeliegenden Bereich der Zulässigkeit rechtsfähiger privater Körperschaften sind vier Intensitätsstufen staatlicher Einflußnahme zu unterscheiden. Zur umfassenden vergleichenden Betrachtung sind neben dem Problem der Zulässigkeit die nachstehenden drei weiteren Problemkreise zu berücksichtigen, die oben in ihren Schattierungen eingehend dargestellt wurden: Problemkreis der Organisation der juristischen Person, der Publizität und der Verfahrensgestaltung. Sie formen das Bild der Körperschaften, auf die sich die Systematisierung erstreckt, in erheblichem Maße und dürfen dementsprechend nicht unbeachtet bleiben. Dem Problemkreis der Zulässigkeit kommt indessen zentrale Bedeutung zu. Das wird bereits daraus deutlich, daß von der Frage der Zulässigkeit notwendigerweise die übrigen Aspekte abhängen. Letztere sind substantiell Folgen aus der grundsätzlichen Entscheidung des Staates über die Existenz rechtsfähiger privater Körperschaften - indessen auf

verschiedenen Ebenen[54].

Ergebnis der kritischen Würdigung der zu I - IV wiedergegebenen Einteilungsversuche ist nach alledem, daß keiner von ihnen in seiner bisherigen Form verwendet werden kann, sondern lediglich Teilbereiche zu III und IV brauchbar sind.

II. Inhaltsbestimmung und Bezeichnung des eruierten Einteilungsprinzips

1. Inhaltsbestimmung

Sachlicher Gehalt und Einzelabgrenzung des ermittelten Einteilungsprinzips ergeben sich aus der vorangegangenen kritischen Würdigung der bisherigen Einteilungsversuche, aus den dargestellten Wegen staatlicher Einflußnahme im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht sowie aus dem oben umrissenen Kreis der denkbaren Möglichkeiten auf diesem Gebiete. Dementsprechend sind - von der rechtssystematischen Grundlage Beitzkes ausgehend - die nachstehend bezeichneten Differenzierungen im Bereich der Zulässigkeit rechtsfähiger privater Körperschaften vorzunehmen. Der Umstand, daß die Neueinteilung Beitzkes mit als rechtssystematische Grundlage des eruierten Einteilungsprinzips dient, schließt nicht aus, die Untersuchung auf den als grundlegend erkannten Einzelbereich der Zulässigkeit rechtsfähiger privater Körperschaften zu konzentrieren. Die drei weiteren Problemkreise treten - mangels unmittelbarer Bedeutung für die maßgebenden Interessen der Beteiligten - demgegenüber für die weitere Untersuchung wieder in den Hintergrund.

1. Bereich:

Erwerb der Rechtsfähigkeit seitens der privaten Körperschaft

54) Vgl. Beitzke ZHR 108 S. 32 ff. (S.56 a.E.).

frei von jeder einzelfallbezogenen staatlichen Mitwirkung oder Einflußnahme auf den sachlichen Gehalt des Gründerwillens[55] - allein dadurch, daß die Rechtsordnung die Existenz der Körperschaft und die Vereinbarkeit ihrer Satzung mit den für alle Rechtssubjekte geltenden Vorschriften genügen läßt.

Die Versuche im Schrifttum, diesen 1. Bereich abweichend abzugrenzen, überzeugen nicht. Die Abgrenzungen Henles, Eggers und Beitzkes scheiden schon deshalb aus, weil sie auf der als unzutreffend erkannten Zweiteilung in Freiheits- und Verleihungssystem beruhen. Aus Gründen der begrifflichen Klarheit und des oben dargestellten Sachzusammenhanges ist auch nicht der Ansicht zu folgen, daß Anforderungen an die Satzung - sofern sie ein spezifisch staatliches Leitbild im zuvor erörterten Sinn durchsetzen sollen - oder die Anmeldepflicht mit der Freiheit der Körperschaftsbildung noch vereinbar seien.

2. Bereich

Entstehen der rechtsfähigen privaten Körperschaft nur bei Vorliegen gesetzlicher Mindesterfordernisse der Satzung und Organisation im zuvor angesprochenen Sinn oder erst nach staatlicher Mitwirkung, auf die die Gründer zwar einen Rechtsanspruch haben, dabei jedoch den staatlichen Ordnungs- und Wertprinzipien genügen müssen.

---

55) Innerhalb dieser Alternative ergibt sich eine körperschaftsrechtliche irrelevante Schattierung dadurch, daß der Wille der Gründer, eine rechtsfähige private Körperschaft entstehen zu lassen, entweder privatschriftlich geäußert sein muß oder es einer solchen Willensäußerung nicht bedarf. Ähnlich differenziert Heini (Schweizerisches Privatrecht § 53 II S. 530), ohne indessen hieran anzuschließen.

Innerhalb dieser Alternative lassen sich folgende Einzelabstufungen unterscheiden, die - beginnend mit der freiesten Ausgestaltung dieses Bereichs der Zwischenlösungen - die möglichen Nuancierungen staatlicher Einflußnahme deutlich machen:

Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit lediglich daran, daß die entstandene private Körperschaft die gesetzlich vorgeschriebene Ausgestaltung von Statuten und Organisation aufweist;

Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit zusätzlich an Registereintrag oder Anmeldung;

Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit daran, daß die entstandene private Körperschaft die gesetzlich vorgeschriebene Ausgestaltung von Statuten und Organisation aufweist, dies durch besonderen Verwaltungsakt bestätigt wird und gesonderte Schutzvorkehrungen zugunsten der Gläubiger getroffen sind;

Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit zusätzlich an Registereintrag[56].

Die Abgrenzung des hier erörterten zweiten grundsätzlichen Intensitätsbereichs staatlicher Einflußnahme stimmt weitgehend mit der oben dargestellten Einteilungskategorie "System der Normativbestimmungen" überein. Die Abweichung im Grenzbereich zur freien Körperschaftsbildung folgt notwendig aus der als zutreffend erkannten engeren Fassung zu dieser letzteren Kategorie.

Die Differenzierungen des Schrifttums hinsichtlich der Einzelabstufungen leiden durchweg unter dem Mangel, daß

---

56) Dem hier gemeinten tatsächlichen Akt Registereintrags liegt die vorangegangene besondere Entscheidung des Staates (Registerführer) als interner Vorgang zugrunde.

der maßgebende Einteilungsgesichtspunkt entweder nicht erkannt oder nur unzureichend durchgeführt worden ist. Während die überwiegende undifferenzierte Betrachtungsweise[57] auf dem ersteren Grund beruhen dürfte, zeigen folgende Versuche[58] zur Einzelabstufung den Mangel der Unvollständigkeit: Unterscheidung zwischen System der Normativbestimmungen mit und ohne Registerzwang; Unterscheidung zwischen diesen beiden Systemen sowie der Alternative "System der Normativbestimmungen mit staatlichem Einspruchsrecht". Die letztere Unterscheidung begegnet überdies einem anderen Bedenken: Soweit unter der Herrschaft der Vorschriften des § 61 Abs. 2 BGB a. F. und des alten österreichischen Vereinsrechts die Gründer die Rechtsfähigkeit nicht beanspruchen konnten, scheiden diese Fälle aus dem hier erörterten Bereich, dem das Bestehen eines Rechtsanspruchs der Gründer wesentlich ist, aus[59].

3. Bereich

Entstehen der rechtsfähigen privaten Körperschaft erst mit einem Verwaltungsakt, der im gerichtlich nachprüfbaren Ermessen der Behörde liegt.

Die Abgrenzung dieser grundsätzlichen dritten Intensitätsstufe staatlicher Einflußnahme stimmt nur zum Teil mit der im Schrifttum üblichen Kategorie "Konzessionssystem" überein. Die abweichenden Abgrenzungsversuche vermögen indessen nicht zu überzeugen. Soweit der Bereich des

---

57) Vgl. oben Text mit Fußnoten 17, 18.

58) Vgl. oben Text mit Fußnoten 19 - 24.

59) Fälle dieser Art gehören in den nachfolgenden 3. Bereich. Das meint Coing bei Staudinger Vorbem. IX_2 vor §§ 21 ff. BGB Rdn. 29.

Konzessionssystems auf die Fälle des Erwerbes der Rechtsfähigkeit durch Einzelfallgesetz erstreckt wird[60], liegt dem das bereits oben verworfene System der prinzipiellen Dreiteilung zugrunde. Soweit versucht wird, das "Konzessionssystem" nach der materiellen Qualität des Verwaltungsakts - konstitutiv oder deklaratorisch - abzugrenzen[61], ist der als entscheidend erachtete Gesichtspunkt der Durchsetzbarkeit des Gründerwillens verkannt.

4. Bereich:

Entstehen der rechtsfähigen privaten Körperschaft erst mit einem Staatshoheitsakt, hinsichtlich dessen Vornahme gerichtlicher Rechtsschutz fehlt.

Innerhalb dieser grundsätzlichen Alternative lassen sich nach Beschaffenheit der die Rechtsfähigkeit verleihenden Staatshoheitsakte zwei Untergliederungen bilden:

Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit an einen sonstigen (gerichtsfreien) Verwaltungsakt,

Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit an ein Gesetz.

Die zweite Alternative weist Nuancierungen auf, je nach der rechtlichen Qualität der Einzelfallgesetze. Dies wurde bereits an anderer Stelle im einzelnen ausgeführt.

Die Abgrenzung des vierten - stärksten - Intensitätsbereichs staatlicher Einflußnahme stimmt im wesentlichen mit der Kategorie "Oktroisystem" überein. Das wird

---

60) So alle die in Fußnote 14 zitierten Autoren (Vertreter des Systems der Dreiteilung).

61) Vgl. dazu Beitzke ZHR 108 S. 32 ff., S. 35 ff. - m.w.N.

daraus deutlich, daß die Autoren, die vier grundsätzliche Möglichkeiten staatlicher Einflußnahme unterscheiden, die Anwendungsfälle weitgehend dem historischen Rechtsbereich entnehmen, der die zuvor bezeichneten Gestaltungen aufweist[62]. Die Unrichtigkeit einer undifferenzierten Kategorie "Konzessionssystem", die überwiegend anzutreffen ist, wurde bereits zuvor dargelegt.

2. Bezeichnung

In der Frage der Bezeichnung des eruierten Einteilungsprinzips bieten sich als grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten an, entweder die überkommene Begriffsbildung "System der freien Körperschaftsbildung, System der Normativbestimmungen, Konzessionssystem, Oktroisystem" beizubehalten und lediglich klarzustellen, daß diese Begriffe hier teilweise anders abgegrenzt werden[63] oder neue Begriffe zu verwenden.

Aus Gründen der begrifflichen Klarheit und um deutlich werden zu lassen, daß sich das eruierte Einteilungsprinzip - auf der Grundlage der Neueinteilung Beitzkes - allein auf den Aspekt der Zulässigkeit rechtsfähiger privater Körperschaften bezieht, erscheint der letztere Weg geboten.

---

62) Hervorgehoben sei der landesherrliche Verleihungsakt.

63) Beitzke (ZHR 108 S. 32 ff - S. 32 - 57) hebt zutreffend hervor, daß der Sprachgebrauch insoweit ohnehin uneinheitlich ist. Eine abweichende Begriffsabgrenzung wäre daher nicht schon mit der Begründung abzulehnen, daß Begriffe feststehenden Inhalts verwirrt würden. In einer vergleichbaren Situation (Vielschichtigkeit des Begriffs des Verbandes) hat dementsprechend Seiler (S. 9) statt der Einführung neuer Kategorien es bei der herkömmlichen Begriffsbildung bewenden lassen und lediglich teilweise neue Inhaltsbestimmungen gegeben.

Die vier grundsätzlichen Intensitätsbereiche staatlicher Einflußnahme sind dementsprechend auf der Grundlage der zuvor gegebenen Inhaltsbestimmung wie folgt zu bezeichnen:

Prinzip des freien Entstehens rechtsfähiger privater Körperschaften,

Prinzip der staatlich gebundenen Entstehung rechtsfähiger privater Körperschaften mit Rechtsanspruch der Gründer,

Prinzip der staatlich gebundenen Entstehung rechtsfähiger privater Körperschaften mit gerichtlich überprüfbarer Ermessensentscheidung,

Prinzip der staatlich gebundenen Entstehung rechtsfähiger privater Körperschaften gemäß gerichtlich nicht nachprüfbarer Ermessensentscheidung.

3. Kapitel: Zusammenhänge zwischen Interessenlage (Kapitel 1), Systematik (Kapitel 2) und der rechtlichen Behandlung von Verein und Aktiengesellschaft vor Erwerb der Rechtsfähigkeit

A) Anwendungsfälle des ermittelten Einteilungsprinzips

I. Prinzip des freien Entstehens rechtsfähiger privater Körperschaften

Anwendungsfälle der freien Körperschaftsbildung in dem hier gemeinten Sinn[1] finden sich weder im geltenden Recht Deutschlands, Österreichs oder der Schweiz noch in dem dortigen Recht des 19. Jahrhunderts, noch in anderen europäischen Staaten.

Die Regelung des Idealvereins nach schweizerischem Zivilrecht (Art. 52 Abs. 2 ZGB) erfüllt die Voraussetzungen der vorliegend erörterten Alternative nicht. Das folgt aus den oben[2] im einzelnen angeführten Beschränkungen des Gründerwillens in materieller und formeller Hinsicht, die - wenn auch nicht so sehr in ihrer rechtlichen Konstruktion, so doch in ihren grundsätzlichen Auswirkungen - den sogenannten Normativbestimmungen gleichen und dementsprechend

---

1) Wegen der Abgrenzung der hier zugrundegelegten Inhaltsbestimmung der freien Körperschaftsbildung von den abweichenden Ansichten im Schrifttum vgl. insbesondere oben Kapitel 2 § 1 A I.

2) Vgl. Kapitel 2 § 1 Text mit Fußnoten 209 - 212.

in den anschließend zu erörternden 2. Bereich gehören[3] [4].
Genauso verhält es sich mit den strukturell gleichgearteten ländlichen Genossenschaften nach schweizerischem Kantonal-

3) Anders die Autoren, die die Regelung des Idealvereins nach schweizerischem Recht trotz der zwingenden Vorschriften betreffend Satzungsinhalt und Gestaltung als klassisches Beispiel für freie Körperschaftsbildung bezeichnen; z. B. Egger in Zürcher Kommentar Art. 52 ZGB, Anm. IV 1 Rdn. 16; Hedemann S. 48 f, Seiler S. 18 f. Widersprüchlich Coing bei Staudinger und Nipperdey bei Enneccerus. Sie heben einerseits zutreffend hervor, daß freie Körperschaftsbildung dann vorliegt, wenn der Staat sich jeglicher Einflußnahme enthält (Coing bei Staudinger, Einl. VIII 3 a zu §§ 21 ff. BGB Rdn. 33: Anschluß der Rechtsfähigkeit an die entstandene Körperschaft so wie beim Menschen die Rechtsfähigkeit mit der Geburt eintritt; Nipperdey bei Enneccerus § 106 III 1 S. 637 mit Fußerl. 22, ferner: Gutzwiller in Schweizerisches Privatrecht § 52 S. 469). Andererseits sehen sie im konkreten Anwendungsfall des schweizerischen Idealvereins trotz des Vorhandenseins von gesetzlichen Restriktionen betr. Satzung und Organisation die freie Körperschaftsbildung als gegeben an (vgl. Coing bei Staudinger Vorbem. IX 1 vor §§ 21 ff. BGB Rdn. 28; Nipperdey bei Enneccerus § 106 III, S. 637 mit Fußerl. 21, Gutzwiller in Schweizerisches Privatrecht § 51 S. 462. Zutreffend differenziert Schrag S. 143, indem er darauf hinweist, daß das schweizerische Recht zusätzlich zur Existenz der Körperschaft bestimmte weitere Voraussetzungen für den rechtsfähigen Idealverein fordere. Die Ursache für die unzutreffende Abgrenzung der Vereinsfreiheit bei den eingangs genannten Autoren wird m. E. aus der ausführlichen Deduktion deutlich, mit der Heini (Schweizerisches Privatrecht § 53 I S. 518 f.) im einzelnen diese Auffassung zu begründen sucht. Heini geht nicht - wie es aber m. E. geboten ist - von einem nach absoluten Maßstäben bestimmten Begriff der Freiheit (der Bildung privater rechtsfähiger Körperschaften) aus, sondern er vergleicht die schweizerische Ausgestaltung mit den Regelungen des deutschen und österreichischen Rechts, findet das schweizerische Modell zu Recht wesentlich freizügiger und folgert hieraus, daß für den Idealverein nach schweizerischem Recht freie Körperschaftsbildung gelte. Die in der Betrachtungsweise Heinis liegende Relativierung der Freiheit der Körperschaftsbildung halte ich aus Gründen der Sachlogik, wie sie für die Abgrenzung dieses Bereichs oben (2. Kapitel § 1 A I) maßgebend gewesen sind, für nicht richtig.

recht. Das folgt aus der oben festgestellten grundsätzlichen Gleichartigkeit der Rechtssituation.

Kein anderes Bild bietet das Recht des 19. Jahrhunderts. Auch die freiheitlichste der damaligen vereinsrechtlichen Regelungen, die des Privatrechtlichen Gesetzbuchs des Kantons Zürich, geht nicht über den soeben erörterten Zustand des geltenden schweizerischen Zivilrechts hinaus[5)].

II. Prinzip der staatlich gebundenen Entstehung rechtsfähiger privater Körperschaften mit Rechtsanspruch der Gründer

Die Anwendungsfälle aus dem hiermit umschriebenen zweiten Bereich auf der Skala der möglichen Stellungen des Staates zum Entstehen rechtsfähiger privater Körperschaften sind zahlreich. Entsprechend der oben vorgenommenen Darstellung des geltenden und des historischen Rechts von Verein und Aktiengesellschaft in Deutschland, Österreich sowie

---

4) Heini in Schweizerisches Privatrecht § 53 II S. 520 Fußerl. 15 gesteht selbst zu, daß es auch nach schweizerischem Recht für den Idealverein "gewisse Normativbestimmungen" gebe, nur will er sie - von der in Fußnote 3 dargestellten Deduktion ausgehend - nicht mit dem sogenannten System der Normativbestimmungen (dem in dieser Arbeit der 2. Bereich staatlicher Einflußnahme entspricht) in Verbindung gebracht sehen. Auch Egger in Zürcher Kommentar (Art. 63 ZGB Anm. 2 Rdn. 4 f und Tuor/Schnyder (§ 16 I S. 111 - 113) bestreiten nicht, daß eine erhebliche Anzahl zwingender - und damit die Gestaltungsfreiheit der Gründer einengender - Vorschriften für die Vereinssatzung besteht, ziehen indessen hieraus nicht die m. E. gebotene Folgerung.

Aus dieser Vorschrift - gemeint ist Art. 62 ZGB - wird deutlich, daß der schweizerische Zivilgesetzgeber Fälle voraussetzt, in denen die Gründer eine als Verein zu bezeichnende Körperschaft geschaffen haben, die Rechtsordnung aber gleichwohl an diese Tatsache nicht die Folge der Rechtsfähigkeit knüpft. Hierin liegt eine - wenngleich wegen der geringen tatsächlichen Anwendung des Art. 62 ZGB nur schwache - Bestätigung der vorliegend vertretenen Auffassung.

5) Vgl. Kapitel 2 § 1 Fußnote 166.

der Schweiz läßt sich folgende Eingruppierung durchführen, und zwar in der Rangordnung der festgestellten Nuancierungen der Intensität staatlicher Einflußnahme.

(1) Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit lediglich daran, daß die entstandene private Körperschaft die gesetzlich vorgeschriebene Ausgestaltung von Statuten und Organisation aufweist: Diese Einzelabstufung staatlicher Einflußnahme ist in den im vorigen Abschnitt bezeichneten Regelungen des Idealvereins nach schweizerischem Bundesrecht sowie im kantonalrechtlichen Bereich verwirklicht.

(2) Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit zusätzlich an Registereintrag oder Anmeldung: Anwendungsfälle sind der Idealverein nach deutschem und nach österreichischem Recht sowie der Verein mit wirtschaftlicher Zielsetzung nach schweizerischem Bundesrecht[6]. Aus dem Recht des 19. Jahrhunderts zählen hierher[7]: der Idealverein nach dem sächsischen Gesetz vom 15. Juni 1868, nach dem bayerischen Gesetz vom 29. Juni 1869, nach § 26 ABGB in Verbindung mit dem Österreichischen Vereinsgesetz vom 15. November 1867, nach dem schweizerischen Obligationenrecht von 1881.

---

6) Hierher - zur 2. Alternative (Anmeldung) - rechnen die im Text unter der nachfolgenden Ziff. 3 angesprochenen Fälle aus dem schweizerischen Kantonalrecht. Kennzeichnend ist die Regelung des Kantons Glarus (vgl. dazu Kapitel 2 § 1 Fußnote 258).

7) Vgl. dazu die obigen Einzeldarstellungen in Kapitel 2 § 1 (Text BI 1 - 3) Fußnoten 87, 97, 131, 139, 171)

(3) Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit daran, daß die entstandene private Körperschaft die gesetzlich vorgeschriebene Ausgestaltung von Statuten und Organisation aufweist, dies durch besonderen Verwaltungsakt bestätigt wird und gesonderte Schutzvorkehrungen zugunsten der Gläubiger getroffen sind: Diese Gestaltungsform ist nur bei dem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit nach deutschem und österreichischem Recht anzutreffen. Die Regelungen des schweizerischen Kantonalrechts, die eine rechtssatzmäßig gebundene Genehmigung der Statuten vorsehen, weisen das zusätzliche Erfordernis des qualifizierten Gläubigerschutzes nicht auf und sind dementsprechend materiell der vorangehend bezeichneten Nuance staatlicher Einflußnahme zuzurechnen.

(4) Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit zusätzlich an Registereintrag: Diese Alternative ist im geltenden Aktienrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz verwirklicht. Anwendungsfälle aus dem Recht des 19. Jahrhunderts[8)] sind die durch das deutsche Gesetz vom 11. Juni 1870 revidierte Fassung des Art. 208 ADHGB sowie die Aktiengesellschaft nach dem schweizerischen Obligationenrecht von 1881 und einigen hierdurch abgelösten (welschen) Kantonalrechten.

III. Prinzip der staatlich gebundenen Entstehung privater Körperschaften mit gerichtlich überprüfbarer Ermessensentscheidung

Diese von dem vorangegangenen Bereich grundsätzlich zu unterscheidende Ausformung staatlicher Einflußnahme ist

---

8) Im einzelnen: Kapitel 2 § 1 Fußnoten 78, 179, 177).

im geltenden Recht selten anzutreffen. Als Beispiele dienen allein der Verein mit wirtschaftlicher Zielsetzung nach deutschem und nach österreichischem Recht sowie - vereinzelt - die ländliche Genossenschaft nach schweizerischem Kantonalrecht. Bei der Rechtssituation des 19. Jahrhunderts ist zu beachten, daß etwa bis Ende der sechziger Jahre noch kein Rechtsschutz für die Gründer bestand, der der in der hier erörterten Alternative vorausgesetzten Ermessensprüfung gleichkommt[9]. Angesichts dessen seien als Beispiele nur der Verein mit wirtschaftlicher Zielsetzung nach dem österreichischen Vereinspatent von 1852 und die Aktiengesellschaft nach der ursprünglichen Fassung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs genannt, die - von dem Aktienregulativ als bloße Verwaltungsanweisung in ihrem rechtlichen Gehalt unbeeinflußt[10] - bis in dieses Jahrhundert hinein gültig blieb.

IV. Prinzip der staatlich gebundenen Entstehung rechtsfähiger privater Körperschaften gemäß gerichtlich nicht nachprüfbarer Ermessensentscheidung

Das geltende Recht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz enthält keine Anwendungsfälle aus dem vorliegenden Bereich. Allein das Recht des 19. Jahrhunderts weist

---

9) Vgl. z. B. für die Verhätnisse in Österreich - die Situation in Deutschland und der Schweiz unterscheidet sich hiervon nicht wesentlich -: Adamovich Bd. I S. 34; Ringhofer S. 83.

10) Vgl. Kapitel 2 § 1 Fußnote 151.

in den genannten Staaten Beispiele der stärksten Form staatlicher Einflußnahme auf. Als wesentlicher Anwendungsfall ist die rechtsfähige private Korporation nach preußischem Recht zu nennen.

B) Grundsätzliche Folgerungen aus Interessenlage und Systematik für die vor Erwerb der Rechtsfähigkeit geltenden Rechtsregeln

I. Ableitung von Prinzipien betreffend die rechtliche Behandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft

Grundlage für die Ableitung von Prinzipien, die sich für die rechtliche Behandlung von Verein und Aktiengesellschaft vor Erwerb der Rechtsfähigkeit aus der dargestellten Interessenlage und Systematik ergeben können, sind folgende, in den Kapiteln 1 und 2 gewonnene Ergebnisse:

Der Erwerb der Rechtsfähigkeit - und damit die rechtliche Behandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft - hängt entscheidend von der Stellung des Staates zum privaten Körperschaftswesen ab[11].

---

11) Daß das maßgebende Recht sich auch aus anderen Rechtsquellen als den staatlichen Gesetzen ergeben kann, ist allgemein anerkannt (vgl. z. B. Egger - Fußnote 4 - Art. 1 ZGB Anm. I_4 Rdn. 5; ferner die Beispiele der folgenden Fußnote [4]21.Vgl. zu dem an diese grundsätzliche Erkenntnis anschließenden Streit zwischen der romanistischen Fiktionstheorie und der germanistischen Theorie der realen Verbandspersönlichkeit: Gierke S. 15 ff, S. 21 ff. Auf den Theorienstreit wird hier nicht näher eingegangen, da auch Gierke (S. 21 ff.) die entscheidende Stellung des Staates für das private Körperschaftswesen anerkennt, und der in der vorliegenden Arbeit unternommene Versuch, die rechtliche Behandlung der noch nicht rechtsfähigen privaten Körperschaft mit der oben dargestellten Interessenlage und Systematik in Beziehung setzen, seine Grundlage in anderen Aspekten findet als der Theorienstreit.

Die Stellung des Staates kann sich zwischen zwei diametral entgegengesetzten Ausgangspunkten bewegen: Entstehung der rechtsfähigen privaten Körperschaft frei von staatlicher Einflußnahme, Entstehung der rechtsfähigen privaten Körperschaft nur auf Grund eines in jedem Einzelfall gesondert zu erlassenden Gesetzes. Die sich zwischen diesen Polen ergebende Reihe staatlicher Verhaltensmöglichkeiten weist vier grundsätzlich voneinander zu unterscheidende Bereiche auf. Innerhalb dieser auf derselben Ebene liegenden Abstufungen ist zwischen teils mehr, teils weniger zahlreichen Intensitätsgraden zu differenzieren.

Welche Stellung der Staat gegenüber den privaten rechtsfähigen Körperschaften im einzelnen einnimmt, hängt davon ab, wie der Staat die Interessen wertet, die sich auf das Entstehen der Körperschaften beziehen. Dementsprechend weist jeder der vier Intensitätsbereiche diese Interessensituation als grundlegendes Strukturmerkmal auf. Die wesentlichen Interessen sind - nach Gruppen zusammengefaßt - folgende:

Das Interesse des Staates daran, daß die private Körperschaft nicht seine Existenz gefährde und die von ihm zu schützenden Interessen unangetastet lasse,

das Interesse der Gründer daran, daß die erstrebte rechtsfähige Körperschaft möglichst schnell und ohne Aufwand entstehe, damit sich das grundsätzlich zu schützende Gewinnstreben ungehindert entfalten kann,

das Interesse der übrigen Teilnehmer am Rechtsverkehr daran, daß die Körperschaft sich gesetzesgemäß verhalte, insbesondere die Gläubiger nicht durch unerlaubtes oder unlauteres Geschäftsgebaren schädige.

Der Rückschluß von den vorstehend bezeichneten Kriterien auf die prinzipielle rechtliche Behandlung der (noch) nicht rechtsfähigen Körperschaft beruht auf zwei grundlegenden Erkenntnissen:

Gleichbehandlung der nicht rechtsfähigen Körperschaft mit der rechtsfähigen Körperschaft bedeutet im Ergebnis freie Körperschaftsbildung[12].

Gleichbehandlung der nicht rechtsfähigen Körperschaft mit der rechtsfähigen Körperschaft ist dementsprechend nur in dem Maße anzutreffen, wie sich der Staat zum Entstehen der rechtsfähigen Körperschaft liberal verhält. Maßgebend ist somit, welche Interessen der Staat schützen will und in welchem Umfang er diesen Schutz durchführt.

Letzteres bedarf einer kurzen Erörterung.

Im Schrifttum[13] wird die Ansicht vertreten, der Unterschied zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Körperschaft verbiete jegliche Gleichbehandlung. Grundlage dieser Auffassung scheint ein Umkehrschluß von der Rechtsstellung der rechtsfähigen Körperschaft auf die der nicht rechtsfähigen Körperschaft zu sein. Ein solcher Umkehrschluß erscheint indessen mit dem Gebot der zweckgerechten Gesetzesauslegung unvereinbar[14]. Denn der Umkehrschluß stellt lediglich ein Mittel der Rechtstechnik dar

---

12) Vgl. Fabricius S. 198 unter Hinweis auf Stoll. Dasselbe bringt Coing bei Staudinger Einl. VIII 3 a zu Rdn. 33 zum Ausdruck, indem er darauf aufmerksam macht, daß bei freier Körperschaftsbildung Erlaubtsein und Rechtspersönlichkeit zusammenfallen.

13) So dürften die Ausführungen Seilers S. 15 zu verstehen sein.

14) Vgl. zu Letzterem BGH in BGHZ 37 S. 58 ff - S. 60 a. E. / 61 - BGH in BGHZ 18 S. 44 ff. - 49 -.

und kann daher nicht der vom Gesetz gewollten differenzierenden Lösung entgegenstehen[15].

Ebensowenig läßt sich ein generelles Verbot jeglicher Gleichbehandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft mit der rechtsfähigen Körperschaft aus dem Grundsatz des gesellschaftsrechtlichen Typenzwanges entnehmen. Denn - von historischen Ausnahmen abgesehen[16] - kennt weder das deutsche noch das österreichische noch das schweizerische Recht einen gesellschaftsrechtlichen Typenzwang[17] der Art, daß das Gesetz durch besonders ausgestaltete Mischformen den Bereich zwischen der rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen Körperschaft in zwingender Weise ausfüllt.

Abzulehnen ist auch der Gedanke[18], eine (teilweise) Gleichbehandlung des noch nicht rechtsfähigen mit dem

---

15) Auf die materielle Begrenztheit eines rechtstechnischen Mittels weist zutreffend Egger - Fußnote 4 - Art. 1 ZGB Anm. III 3 Rdn. 12 f. hin.

16) Vgl. dazu das im weiteren Verlauf dieses Kapitels erörterte Beispiel des preußischen Rechts.

17) Koller (S. 99, 122, 126) hebt in seiner grundlegenden Untersuchung dieses Phänomens nach schweizerischem Zivilrecht hervor, daß zwar rechtlich ein numerus clausus der Gesellschaftstypen bestehe, sich aber tatsächlich kaum auswirke. Grund ist hierfür - gleichermaßen auch im deutschen und österreichischen Recht anzutreffen - die weitgehende Freiheit der Gründer in der Inhaltsgestaltung der Gesellschaftstypen und die Anlage des Typus der einfachen Gesellschaft als eines stark modulationsfähigen Auffangtatbestandes, in dessen Rahmen - ähnlich dem Verein - nahezu jede Vorstellung der Gründer verwirklicht werden kann (vgl. im deutschen Recht: §§ 704 ff, 305 BGB, im österreichischen Recht §§ 26, 1201 ff. ABGB; wegen der Modulationsfähigkeit des Vereins vgl. Siegwart Einl. III D 1 in Zürcher Kommentar zu Artt. 620 ff OR Rdn. 78.

18) Vgl. Egger (Fußnote 4) Art. 62 ZGB Rdn. 1.

rechtsfähigen Idealverein sei nur dann gerechtfertigt, wenn das betreffende Recht für den Erwerb der Rechtsfähigkeit erheblich erschwerende Voraussetzungen aufstelle. Dieser Gesichtspunkt wird nicht den grundsätzlich verbindlichen Wertentscheidungen des Gesetzgebers gerecht, die sich nur von Fallgruppe zu Fallgruppe ermitteln lassen.

Aus alledem ergeben sich folgende Prinzipien, die den Zusammenhang zwischen Interessenlage, Systematik und rechtlicher Behandlung vor Erwerb der Rechtsfähigkeit kennzeichnen:

Im Bereich der stärksten staatlichen Bindung - Entstehen der rechtsfähigen privaten Körperschaft durch eine gerichtsfreie Ermessensentscheidung in jedem Einzelfall - hat der Staat die von ihm vorzunehmende Interessenabwägung einem bestimmten Zeitpunkt vorbehalten. Hiermit ist zum Ausdruck gebracht, daß vorher auch nicht die Rechtsfolgen eintreten sollen, die von der gebotenen Interessenabwägung abhängen, nämlich die Behandlung einer Personenmehrheit gleich einem Rechtssubjekt[19]. Das hieraus zu folgernde Verbot der Gleichbehandlung der noch nicht rechtsfähigen privaten Körperschaft mit dem rechtsfähigen Gebilde ist umfassend. Denn jede Gleichbehandlung kann eines der zuvor gruppenweise gekennzeichneten Interessen berühren. Nur die in jedem Einzelfall des hier erörterten Bereichs noch ausstehende Interessenabwägung durch den Staat ist geeignet zu klären, welches Interesse Begrenzungen verträgt, welches nicht.

Der nächstfolgende Bereich - Bindung der Rechtsfähigkeit an eine gerichtlich überprüfbare Ermessensentscheidung - ist durch eine etwas gelockerte Abhängigkeit von der ein-

---

19) Die Formulierung "---gleich einem Rechtssubjekt" ist nicht im Hinblick auf die Fiktionstheorie (vgl. dazu Fußnote 11) gebraucht.

zelfallbezogenen staatlichen Interessenabwägung gekennzeichnet. Die Lockerung zeigt sich darin, daß die Gründer ein ermessensgemäßes Verhalten des Staates erzwingen können. Der Staat darf also nicht mehr in jedem Einzelfall die ihm schützenswert erscheinenden Interessen beliebig wahren, sondern muß sich - in objektiv nachprüfbarer Weise - an die von ihm in dieser Hinsicht bereits getroffenen Wertentscheidungen halten. Diese Möglichkeit des Abweichens vom gesetzlichen Verbot rechtsfähiger privater Körperschaften wird in der Regel - soweit nicht geschützte fremde Interessen entgegenstehen - dazu führen, die Gleichbehandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft mit der rechtsfähigen Körperschaft auf dem Gebiete der inneren Organisation zuzulassen. Im übrigen, also für die Beziehungen der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft zu Außenstehenden, muß es bei dem den vorigen Bereich kennzeichnenden Ausschluß der Gleichbehandlung bleiben.

Die hieran anschließende Gestaltungsform - Erwerb der Rechtsfähigkeit in rechtssatzmäßig gebundener Weise - zeigt ein Bild, das dem eingangs dargestellten Bereich nahezu entgegengesetzt wirkt. Zwar ist auch hier der Erwerb der Rechtsfähigkeit nicht frei von staatlicher Einflußnahme. Jedoch hat sich der Staat für die generelle Zulassung der rechtsfähigen privaten Körperschaften entschieden und seine Interessenabwägung für alle zukünftigen Fälle im voraus getroffen. Die rechtliche Behandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft braucht sich also lediglich an der hieraus deutlich werdenden Interessenwertung zu orientieren. Dieses große Maß an Freizügigkeit ergibt in Verbindung mit der eruierten Interessenlage und Systematik im einzelnen folgendes:

Die Organisation der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft ist - wie schon im vorigen Bereich - grundsätzlich denselben Regeln zu unterstellen, die für die rechtsfähige Körperschaft gelten. Die Beziehungen des Außenverhältnisses unterliegen den für die rechtsfähige Körperschaft geltenden Regeln insoweit, als die Interessenabwägung des Gesetzes nicht ein anderes ergibt. Anhaltspunkt für die Interessenabwägung sind die Erfordernisse, die das Gesetz für den Erwerb der Rechtsfähigkeit aufstellt. Als Beispiel ist der Registereintrag zu nennen, der über das Erfordernis der schriftlichen Satzung hinausgehend einen erhöhten Schutz des Rechtsverkehrs vor unklaren Gestaltungen der Körperschaft bieten soll und dementsprechend sowohl die Haftungsverhältnisse als auch das Beweisrecht der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft unmittelbar beeinflußt[20].

Grenze der Gleichbehandlung der nicht rechtsfähigen Körperschaft mit der rechtsfähigen Körperschaft ist auch in diesem Bereich, daß der volle Rechtsstatus erst nach

---

20) Anwendungsfälle der hier abgeleiteten Prinzipien werden erst im folgenden Abschnitt II erörtert. Vorliegend geht es dementsprechend allein darum, die abstrakte Deduktion unter Wahrung der Grenzen einer Regelbildung zu verdeutlichen.
Daß der Registereintrag auf der bezeichneten Interessenwertung beruht, ist allgemein anerkannt (vgl. z. B. so schon Mugdan Bd. I S. 601; Matthiaß § 28 A I S. 95 a. E., S. 96; Wiedemann § 1 V S. 86; Gutzwiller in Schweizerisches Privatrecht Bd. II § 52 S. 471). Der Gesichtspunkt des gegenüber der schriftlichen Satzung erhöhten Verkehrsschutzes und der Beweiserleichterung wird aus der vereinsrechtlichen Regelung des Art. 61 Abs. 1 ZGB deutlich, die den fakultativen Registereintrag für die Vereine vorsieht, die einen ausgedehnten Verkehr beabsichtigen (vgl. dazu Wiedemann a.a.O.). Wegen der Haftungsverhältnisse der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft wird auf die Darstellung im folgenden Abschnitt II Bezug genommen.

Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen erworben wird[21].

Für den anschließenden Bereich - Prinzip des freien Entstehens rechtsfähiger privater Körperschaften - erübrigt sich, die Zusammenhänge von Interessenlage, Systematik und rechtlicher Behandlung vor Erwerb der Rechtsfähigkeit näher zu erörtern, da nach den vorangegangenen Feststellungen kein tatsächlicher Anwendungsbereich ersichtlich ist[22].

---

21) Das ist allgemein anerkannt (vgl. z. B. Seiler S. 15, ähnlich Fabricius S. 1). Eine nur scheinbare Ausnahme bedeutet es, daß die drei großen politischen Parteien Österreichs - ÖVP, SPÖ, KPÖ - sich in der Form von Idealvereinen organisiert haben, der gesetzlichen Anzeigepflicht (§ 4 Vereinsgesetz) jedoch nicht nachgekommen sind und gleichwohl als Rechtssubjekte behandelt werden (vgl. Gschnitzer § 18 A III 2 S. 101 a. E., S. 102; Fessler A IV S. 6 m.w.N.). Diese Handhabung dürfte damit zu begründen sein, daß der Staat angesichts seiner grundsätzlichen Machtfülle die Verletzung der Anzeigepflicht mit heilender Wirkung stillschweigend gebilligt hat oder das Unterlassen der Anzeige generell kein absolutes Hindernis des Erwerbes der Rechtsfähigkeit darstellt (ähnlich Gschnitzer a.a.O.).

22) Aus dem oben genannten Grund sei lediglich folgender Hinweis gegeben: Grenzt man den Bereich der freien Körperschaftsbildung entsprechend der in Kapitel 2 § 2 B II 1 gegebenen Inhaltsbestimmung dahin ab, daß freie Körperschaftsbildung auch bei dem Erfordernis der schriftlichen Erklärung des Korporationswillens (in der einfachsten Form) vorliegt, so kann sich ein - praktisch allerdings kaum vorkommender - Anwendungsfall ergeben. Die Gründer haben zwar eine Satzung beschlossen, ihren Willen aber nicht schriftlich erklärt. Auf den einen bisher bekannt gewordenen Ausnahmefall dieser Art weist Egger (Fußnote 4) Art. 62 ZGB Anm. 2 Rdn. 2 hin ("Dozentenverein beider Hochschulen" in Zürich). M. E. ist ein Gebilde dieser Art ähnlich den für den vorangegangenen Bereich entwickelten Grundsätzen zu behandeln, jedoch mit der Maßgabe, daß jede Gleichbehandlung mit der rechtsfähigen Körperschaft zulässig ist, die nicht in der Einräumung des vollen Status des rechtsfähigen Vereins besteht. Einen Widerspruch zu der oben in Anlehnung an das Modell des § 1 BGB gegebenen Inhaltsbestimmung der freien Körperschaftsbildung bedeutet das nicht, da bei dem Erfordernis einer schlichten privatschriftlichen Äußerung keine körperschaftsrechtlich relevante Einflußnahme auf den Gründerwillen ausgeübt wird.

II. Bedeutung der Prinzipien für die Rechtsanwendung - dargestellt auf der Grundlage der Übersicht zu A)

Die soeben aufgezeigten prinzipiellen Zusammenhänge zwischen Interessenlage, Systematik und rechtlicher Behandlung der noch nicht rechtsfähigen privaten Körperschaft sind nur Leitlinien. Sie enthalten als solche keine subsumtionsfähigen rechtlichen Obersätze, auf grund deren im Einzelfall unmittelbar entschieden werden könnte, wie die betreffende noch nicht rechtsfähige Körperschaft zu behandeln ist[23]. Die dargestellten Prinzipien dienen allein dazu, für den Einzelfall den Bereich der grundsätzlichen Lösung zu ermitteln und damit zugleich den Kreis der möglichen Einzellösungen einzugrenzen. Ist dieser Bereich gefunden, so stellt es eine mit den herkömmlichen Mitteln der Rechtstechnik zu bewältigende Aufgabe dar, im konkreten Fall die zutreffende Lösung zu erreichen.

Um welche Mittel es sich hierbei im einzelnen handelt und wie sie abzugrenzen sind, gehört in das Gebiet der allgemeinen Rechtsmethodik. Grundsätzliche Untersuchungen in dieser Hinsicht liegen außerhalb der Thematik der Arbeit. Daher sollen hier - ohne damit eine abschließende sachliche Stellungnahme geben zu wollen - lediglich die beiden hauptsächlichen Wege bezeichnet werden, die bei Fehlen einer für den Einzelfall

---

23) Der im vorangegangenen Abschnitt I gegebenen Deduktion liegt es also in Übereinstimmung mit Fabricius (S. 13) und Egger (Fußnote 4) Art. 1 ZGB Anm. III$_3$ Rdn. 13 fern, aus Begriffs- und Systementwicklung neue Rechtssätze zu gewinnen.

bindenden Rechtsregel[24] in Betracht kommen können:

Auslegung, und zwar entweder in der Form der Gesetzesauslegung oder in der Form der Auslegung der Willenserklärungen derjenigen, die an den fraglichen Verhaltensweisen der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft beteiligt sind[25].

Analogie, und zwar in der Form entweder der Gesetzesanalogie oder der Rechtsanalogie, letztere in den vielfältigen Ausgestaltungen und Parallelerscheinungen in Rechtsprechung und Schrifttum[26].

Für beide Wege ist - in Übereinstimmung mit den vorange-

---

24) Das liegt dann vor, wenn entweder eine Gesetzesbestimmung überhaupt fehlt oder eine nach ihrer Fassung anwendbare Vorschrift im Wege der "materiellen Derogation" (vgl. BGH in NJW 1968 S. 1830) keine Geltung hat.

25) Ebenso wie das rechtstechnische Mittel der Auslegung in bezug auf das Gesetz dazu dienen soll, eine sinn- und zweckgerechte Lösung zu erreichen (vgl. BGH in BGHZ 37 S. 58 ff. - S. 60 a.E./61 -; BGH in BGHZ 18 S. 44 ff. - S. 49 -), verhält es sich bei der Auslegung der Willenserklärungen derjenigen Personen, die an einem Rechtsgeschäft betreffend eine noch nicht rechtsfähige Körperschaft beteiligt sind. Hierauf wird im folgenden Text näher einzugehen sein.

26) Diese schlagwortartige Kennzeichnung soll auch das im schweizerischen und österreichischen Recht gesetzlich festgelegte (vgl. Art. 1 ZGB, § 7 ABGB), im deutschen Recht nur durch Rechtsprechung und Lehre entwickelte Mittel der richterlichen Rechtsfortbildung (vgl. z. B. BGH in NJW 1968 S. 1830 - S. 1832 - m.w.N.) umfassen. Da die vorliegende Arbeit aus Gründen der Thematik sich einer Einzelabgrenzung in rechtsmethodischer Hinsicht enthält, wird hier lediglich auf die vorbezeichneten Fundstellen Bezug genommen.

gangenen Ausführungen - die Interessenlage Ausgangspunkt[27]. Welches Stadium der entstandenen Körperschaft Anwendungsgegenstand der vorstehend entworfenen und anschließend näher zu untersuchenden Prinzipien ist, wurde in Kapitel 1 § 2 der Arbeit im einzelnen dargelegt.

Entsprechend dem bereits hervorgehobenen Anliegen der Untersuchung, allein das Grundsätzliche des Zusammenhanges zwischen Interessenlage, Systematik und rechtlicher Behandlung der (noch) nicht rechtsfähigen Körperschaft zu erörtern, wird im Folgenden keine lückenlose Reihe von Anwendungsfällen dargestellt. Zur Konkretisierung dessen, was zuvor an allgemeiner Deduktion geschah, soll jeweils nur ein Anwendungsbeispiel für den Verein und für die Aktiengesellschaft zu den hier in Betracht kommenden grundsätzlichen Bereichen gegeben werden.

Der Bereich der freien Körperschaftsbildung scheidet hier aus. Dies wurde oben im einzelnen begründet.

Demgegenüber weist der hieran anschließende Bereich des Prinzips der staatlich gebundenen Entstehung rechtsfähiger privater Körperschaften mit Rechtsanspruch der Gründer eine Vielzahl von Anwendungsfällen auf. Das wird verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß in diesem Bereich verhältnismäßig großer Freizügigkeit für die Berücksichtigung von Interessenlage und Systematik bei der Behandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft ein weites Feld besteht. Kennzeichnend ist hierfür das Urteil

---

27) Vgl. BGH (Fußnoten 25, 26). Wegen der Bedeutung der Systematik, die den in Abschnitt I abgeleiteten Prinzipien zugrundeliegt, vgl. z. B. BGH in BGHZ 37 S. 58 ff. (S. 60 a. E. 61: Hinweis auf die sich aus dem objektivierten Willen des Gesetzgebers ergebenden Ordnungsprinzipien).

des Bundesgerichtshofs vom 11. Juli 1968 - VII ZR 63/66 [28] - das demzufolge als eine Art Modell vorab erörtert wird.

Der Bundesgerichtshof hatte zu entscheiden, ob Gewerkschaften - strukturell nichtrechtsfähige Idealvereine - trotz der einengenden Vorschrift des § 50 Abs. 2 ZPO die aktive Parteifähigkeit zukommt. Ausgangspunkt der Entscheidung war notwendigerweise der Umstand, daß der Idealverein nach deutschem Recht in den zweiten Bereich - Erwerb der Rechtsfähigkeit in rechtssatzmäßig gebundener Weise - gehört und daher auch im sogenannten Außenverhältnis den Regeln der rechtsfähigen Körperschaft unterstellt werden kann, sofern nicht eine zwingende Vorschrift oder die Interessenlage ein anderes ergeben. Um den hierdurch vorgezeichneten Weg der Untersuchung richtig beschreiten zu können, hatte der Bundesgerichtshof die Fragestellung dahin zu präzisieren: Besteht Anhalt, daß die betreffende konkrete Körperschaft - hier die Gewerkschaften - nach den von der Rechtsordnung an anderer Stelle getroffenen Wertentscheidungen in der strittigen Beziehung genauso wie die rechtsfähige Körperschaft zu behandeln ist? Der Bundesgerichtshof bejahte dies für die aktive Parteifähigkeit der Gewerkschaften, indem er eine Vielzahl von Einzelentscheidungen des Gesetzgebers auf verfahrens- und verfassungsrechtlichem Gebiet verglich, angesichts des gefundenen Ergebnisses die nach ihrem Wortlaut entgegengesetzte Bestimmung des § 50 Abs. 2 ZPO aus Gründen der "materiellen Derogation" in den Hintergrund treten ließ und entsprechend der

---

28) Veröffentlicht in NJW 1968 S. 1830 ff. Wegen der Begründung für den Spielraum der rechtlichen Behandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft im Rahmen der einzelnen Intensitätsbereiche vgl. oben Fußnoten 13 - 20.

gegenwärtigen Interessenlage - die Gewerkschaften sind heute nahezu überall materiell und verfahrensrechtlich als gleichberechtigt mit Rechtssubjekten anerkannt - die aktive Parteifähigkeit der Gewerkschaften für rechtens erklärte.

Nachdem nunmehr anhand eines Musterfalls klargelegt ist, wie sich im einzelnen die Zusammenhänge von Interessenlage, Systematik und rechtlicher Behandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft in der Rechtsanwendung auswirken, genügt es, im Folgenden diese Funktion von Interessenlage und Systematik - an einem anderen Untersuchungsgegenstand - nur im Ergebnis darzustellen. Gegenstand dieser Erörterung sollen die Haftungsverhältnisse während des hier zugrundeliegenden Entwicklungsstadiums von Verein und Aktiengesellschaft sein. Ausgangspunkt sind die oben durchgeführten grundsätzlichen und graduellen Differenzierungen in der Intensität staatlicher Einflußnahme.

Zunächst geht es um die ersten beiden Nuancen des Bereichs verhältnismäßig freizügiger Körperschaftsbildung: Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit lediglich daran, daß die entstandene private Körperschaft die gesetzlich vorgeschriebene Ausgestaltung von Statuten und Organisation aufweist; Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit zusätzlich an Registereintrag.

Für den Idealverein nach deutschem Recht, der der letzteren Nuance zuzurechnen ist, erkennen Rechtsprechung und Schrifttum übereinstimmend an, daß der in Angelegenheiten der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft Handelnde nur unter einengenden Voraussetzungen persönlich Schuldner ist. Als Ausgangspunkt dient die bereits an anderer Stelle erwähnte Erkenntnis, daß die Willenserklärungen der vorgenannten Personen auslegungsfähig und -bedürftig sind. Unter diesem Gesichtspunkt lassen sich die Willenserklärungen von Gründern eines Idealvereins, die sie in Angelegenheiten der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft abgegeben haben,

zumeist dahin verstehen, daß die Haftung aus dem Rechtsgeschäft auf den Anteil an Vereinsvermögen beschränkt sein soll; eine Ausnahme besteht aus Gründen des Verkehrsschutzes bei Handelsgeschäften[29]. Aus dieser von Rechtsprechung und Schrifttum gebilligten Handhabung wird deutlich: Während die im vorangegangenen Abschnitt abgeleiteten Prinzipien ergeben, daß der Idealverein in den Bereich gehört, in dem die noch nicht rechtsfähige Körperschaft weitgehend der rechtsfähigen Körperschaft gleichbehandelt werden kann, im Außenverhältnis jedoch angesichts des dem Verkehrsschutz dienenden Registereintrags Einschränkungen bestehen, ist die Auslegung - hier in Form der Vertragsauslegung - das rechtstechnische Mittel, die im grundsätzlichen vorgezeichnete Lösung auf die Ebene der Rechtsanwendung zu übertragen.

Dasselbe Ergebnis muß für den noch nicht rechtsfähigen Idealverein nach österreichischem Recht gelten, da - wie oben festgestellt - Anzeigepflicht und Registereintrag in bezug auf die Intensität der staatlichen Einflußnahme einander graduell gleichen.

Eine nur scheinbare Ausnahme von der hier vorgezeichneten Linie bedeutet es, wenn auf den noch nicht rechtsfähigen Verein mit wirtschaftlicher Zielsetzung nach schweizerischem Bundesrecht, der oben zusammen mit dem Idealverein nach deutschem und österreichischem Recht in dieselbe Kategorie eingereiht wurde, das verhältnismäßig strenge Haftungsrecht der Kollektivgesellschaft Anwendung findet[30]. Denn dadurch, daß das Gesetz für Vereine dieser

29) Vgl. dazu Coing bei Staudinger § 54 BGB Anm. I 1 Rdn. 1 m.w.N., Anm. VI 8 c Rdn. 42; BGH in LM Nr. 11 zu § 31 BGB m.w.N.

30) Vgl. Heini (Fußnote 4) § 53 II S. 537.

Art den Eintrag in das Handelsregister vorschreibt, hat es das Interesse des Verkehrsschutzes in besonders qualifiziertem Maße betont. Diese Wertung läßt die vorstehend bezeichnete Behandlung der Wirtschaftsvereine nach schweizerischem Recht auf der Grundlage der im Abschnitt I entworfenen Prinzipien als verständlich erscheinen.

Für den Idealverein nach schweizerischem Bundesrecht und die ihm gleichgearteten kantonalrechtlichen Genossenschaften[31] muß die für den deutschen und österreichischen Idealverein dargestellte Handhabung gelten, obwohl sie der freizügigeren ersten Nuance angehören und das Gesetz sich damit begnügt hat, zur Wahrung des Verkehrsschutzes den Registereintrag bloß fakultativ vorzusehen. Die für den deutschen Idealverein entwickelten Grundsätze eingeengter persönlicher Haftbarkeit[32] sind indessen für die Gründer schon dermaßen günstig, daß eine weitergehende Ausgestaltung ausscheiden muß[33]. Ein etwas verändertes Bild bietet sich im Bereich der dritten und vierten Nuance: Bindung des Erwerbes

---

31) Wegen des Kreises der hier in Betracht kommenden Genossenschaften vgl. oben Kapitel 2 § 1 B II 2 b a. E. mit Fußnote 213.

32) Der Begriff der Haftbarkeit ist hier entsprechend der auch im Schrifttum verbreiteten Übung (vgl. z. B. Coing bei Staudinger in den Anmerkungen zu § 54 BGB) untechnisch gebraucht und umfaßt unabgegrenzt sowohl die Schuldnerschaft als die bloße Haftung.

33) Eine ausnahmslose Freistellung der Gründer von persönlicher Haftbarkeit überschritte die dem vorliegenden Bereich gezogene Grenze (vgl. Fußnote 21), die es verwehrt, die noch nicht rechtsfähige Körperschaft der rechtsfähigen Körperschaft in bezug auf den Kernbereich der Rechtsfähigkeit gleichzubehandeln.

der Rechtsfähigkeit daran, daß die entstandene private Körperschaft die gesetzlich vorgeschriebene Ausgestaltung von Statuten und Organisation aufweist, dies durch besonderen Verwaltungsakt bestätigt wird und gesonderte Schutzvorkehrungen zugunsten der Gläubiger getroffen sind; Bindung des Erwerbes der Rechtsfähigkeit zusätzlich an Registereintrag.

Für die noch nicht rechtsfähige Aktiengesellschaft, die der letzteren Nuance angehört, ist zwar ebenfalls die Möglichkeit anerkannt, auf der Grundlage der für den Idealverein dargestellten rechtlichen Konstruktion eine Haftungsbeschränkung anzunehmen[34], doch wird dies nur in engen Grenzen zu bejahen sein[35]. Grund hierfür ist, daß in den erhöhten gesetzlichen Anforderungen an den Gläubigerschutz - Mindestkapital, Handelsregistereintrag bei der Aktiengesellschaft - die Wertung des Gesetzes sichtbar wird, die Belange des Rechtsverkehrs vorrangig zu wahren. Dieses Bild zeigt sich einheitlich auch im österreichischen und schweizerischen Aktienrecht[36]. Seine Geltung für den der dritten

34) Wegen des Begriffs "nicht rechtsfähige Aktiengesellschaft" vgl. Fabricius S. 1. Zust. dazu, daß auch hier rechtlich die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung besteht: Fischer in Großkommentar z. AktG. § 34 Anm. 23.

35) Der Grund hierfür kann - außer in dem oben als beherrschend herausgestellten Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes - auch darin liegen, daß bereits in diesem Entwicklungsstadium der Aktiengesellschaft spezifisch aktienrechtliche Restriktionen für die Gründer gelten und bei Nichtbeachtung zu persönlicher Haftbarkeit führen (vgl. z. B. - auf der Grundlage des im wesentlichen mit dem deutschen und dem österreichischen Aktienrecht gleichen schweizerischen Rechtszustandes: Siegwart (Fußnote 15) Vorbem.VI vor Art.629 OR Rdn. 50; Einl. III D zu Artt. 620 ff.OR Rdn. 80.

36) Für den Rechtszustand in Österreich vgl.folgende Entscheidungen, die zwar gegenüber Gesellschaften mit beschränkter Haftung ergangen sind, jedoch wegen des im Grundsätzlichen gleichen Erwerbes der Rechtsfähigkeit auch für die Haftungsverhältnisse der Gründer einer Aktiengesellschaft gelten müssen: Österr. ObGH in Österr. ObGH in Ziv.-u.Justizverwaltungssachen Bd. VI S.99 ff. (S.102) Nr.44; Österr. ObGH ebendort Bd. XXV S. 822 ff. (S.826) Nr. 322. Für den Rechtszustand in der Schweiz vgl. Siegwart (Fußnote 35) m.w.N.

Nuance angehörenden Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit folgt aus der insoweit gleichgearteten Interessenlage. - Der hieran anschließende Bereich (Prinzip der staatlich gebundenen Entstehung rechtsfähiger privater Körperschaften mit gerichtlich überprüfbarer Ermessensentscheidung) läßt besonders deutlich werden, daß die Gleichbehandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft mit der rechtsfähigen Körperschaft von Stufe zu Stufe abnimmt, je mehr man sich dem Bereich stärkster staatlicher Bindung der Rechtsfähigkeit nähert.

Für den - ein Handelsgewerbe betreibenden - noch nicht rechtsfähigen Verein mit wirtschaftlicher Zielsetzung gelten nach deutschem und österreichischem Recht im Außenverhältnis die Vorschriften der offenen Handelsgesellschaft[37].

---

37) Für das deutsche Recht vgl. Fabricius S. 19 m.w.N., für das österreichische Recht: Ostheim S. 246 f. mit Fußerl. 61. Bei der vorstehend zitierten Auffassung Ostheims ist folgendes hervorzuheben: Ostheim hält das Vereinspatent von 1852 - weil dem sog. Konzessionssystem folgend - für unvereinbar mit dem Verfassungsgrundsatz (Art. 12 St.GG) der Vereinigungsfreiheit, folgert hieraus die freie Bildung von Vereinen mit wirtschaftlicher Zielsetzung, will aber auf sie - um eine Gefährdung des Rechtsverkehrs zu vermeiden - aus Rechtsgeschäften für den Verein die Gründer stets unbeschränkt persönlich in Gesamtschuldnerschaft verpflichtet sehen (§ 1203 ABGB; vgl. im einzelnen Ostheim S. 246 f., 172 ff., 284). Die herrschende Meinung sieht dagegen m. E. zu Recht das Vereinspatent als nach wie vor für Vereine mit wirtschaftlicher Zielsetzung gültig an (vgl. Kapitel 2 § 1 B II 1 b. a a mit Fußnote 194). Sollte Fabricius S. 19 a. E. es gutheißen, daß auf den noch nicht rechtsfähigen Verein mit wirtschaftlicher Zielsetzung das Recht der offenen Handelsgesellschaft im Ganzen - also auch bezüglich der Organisation - Anwendung finde, so wäre dem nicht zu folgen. Das ist im Text oben ausgeführt. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem Außen- und dem Innenverhältnis (allerdings an den vorangegangenen Bereich anschließend) hebt z. B. der österr. Ob.G.H. - Fußnote 36 - Bd. XXV S. 822 ff. (826) - Nr. 322 - hervor.

Die Annahme haftungsmildernder Abreden ähnlich den Verhältnissen beim Idealverein scheidet hier regelmäßig aus[38]. Die hieraus folgende unbegrenzte persönliche Schuldnerschaft derjenigen, die als Gründer Rechtsgeschäfte für die Körperschaft vor Erwerb der Rechtsfähigkeit vorgenommen haben, bedeutet eine prinzipielle Ungleichbehandlung von nichtrechtsfähiger und rechtsfähiger Körperschaft[39]. Ebenso verhält es sich mit der Aktiengesellschaft, soweit sie - wie gemäß der ursprünglichen Fassung des Art. 208 Abs. 1 ADHGB - an besondere staatliche Genehmigung in gerichtlich überprüfbarer Weise gebunden ist. Die Auslegung dieser und der hiermit in Zusammenhang stehenden Vorschriften wird von dem Grundsatz beherrscht, daß die persönliche Haftung der Gründer aus der Zeit der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft eine Art Strafe für die Vornahme der Rechtsgeschäfte sei[40], also - um den Gesetzeszweck zu wahren - jede Milderung ähnlich der Situation beim Idealverein ausscheide.

---

38) So z. B. ausdrücklich Fabricius S. 19 a. E. Dasselbe läßt sich auch aus den oben zu den Haftungsverhältnissen bei dem noch nicht rechtsfähigen Idealverein gegebenen Zitaten ersehen, da sie durchweg auf die nicht wirtschaftliche Zielsetzung abstellen.

39) Vgl. dazu die in Kapitel 1 § 1 B I vorgenommene Gegenüberstellung der Rechtssituation der Gründer vor und nach Erwerb der Rechtsfähigkeit.

40) So z. B. Puchelt Art. 211 ADHGB Anm. 6, ferner - die diesbezügliche herrschende Meinung anerkennend (anders bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vgl. z. B. Österr. ObGH - Fußnote 36 - Bd. XXI S. 35 ff. Nr. 11) : Österr. ObGH (Fußnote 36) Bd. VII S. 491 ff. (S. 493 a. E., S. 494) Nr. 201. Die zuletzt zitierte Entscheidung betrifft noch die ursprüngliche Fassung des Art. 208 Abs. 1 i. V. m. Art. 211 Abs. 2 ADHGB, da diese Fassung seinerzeit - im Jahre 1925 - nach wie vor galt (vgl. Pisko § 100 S. 379).

Der Rechtszustand in Preußen, dessen Recht zu Beginn des 19. Jahrhunderts als Anwendungsbeispiel für den Bereich der stärksten staatlichen Einflußnahme[41] dienen soll, ist durch eine vollständige Ungleichbehandlung der Lage vor und nach Erwerb der Rechtsfähigkeit gekennzeichnet. Anwendungsfall ist die Regelung der rechtsfähigen Korporation[42]. Sie bestätigt die im vorangegangenen Abschnitt I abgeleiteten Prinzipien durch folgende Ausgestaltung:

Während der Rechtszustand im Bereich der bisher erörterten Intensitätsstufen Differenzierungen nur auf dem Gebiet des Außenverhältnisses - dargestellt am Aspekt der Haftungsverhältnisse - zeigte, weist der vorliegende Anwendungsfall auch im inneren Bereich, in der Organisation, keine Ähnlichkeit der Lage vor und nach Erwerb der Rechtsfähigkeit auf. Das preußische Allgemeine Landrecht sieht den rechtsfähigen Verein als die Ausnahme an[43]. Für die als Entwicklungsstufen auf dem Wege zum rechtsfähigen Verein zu bezeichnenden Zwischenlösungen[44] hält das preußische Recht besondere Typen von Personenvereinigungen be-

---

41) Gemeint ist hier: Prinzip der staatlich gebundenen Entstehung rechtsfähiger privater Körperschaften gemäß gerichtlich nicht nachprüfbarer Ermessensentscheidung.

42) Geregelt in Teil II Titel 6 § 25 f. ALR.

43) Die Sonderstellung der (voll) rechtsfähigen Korporation hebt Menger S. 55 hervor.

44) Die strukturelle Beschaffenheit von erlaubter Privatgesellschaft und privilegierter Gesellschaft als Zwischenlösungen auf dem Weg zur (voll) rechtsfähigen Korporation erkennen Baron S. 20 a. E. / S. 21 und Menger S. 45 an, indem sie darauf hinweisen, daß diesen Gebilden die "halbe Persönlichkeit" angesichts ihrer korporativen Verfassung zukomme.

reit. Es handelt sich dabei um erlaubte Privatgesellschaft und die privilegierte Gesellschaft[45]. Mit dieser Art der Typenbildung hat das Gesetz zu erkennen gegeben, daß es keinen spezifischen Vor-Verein mit einer der rechtsfähigen Körperschaft angenäherten rechtlichen Behandlung duldet. Denn dadurch, daß das Gesetz bestimmt, Vereinigungen mit dem inneren Aufbau des rechtsfähigen Vereins seien der besondere, selbständige Typus der erlaubten bzw. privilegierten Privatgesellschaft[46], läßt es für ein spezifisches Vorgebilde zum rechtsfähigen Verein keinen Raum[47]. Angesichts dessen bestätigt sich in der Rechtsanwendung das, was zuvor, insbesondere im vorangegangenen Abschnitt I, aus Interessenlage und Systematik an Grundsätzlichem gefolgert wurde[48].

45) Vgl. im einzelnen: Teil II Titel 6 §§ 1 ff, 25 f. ALR.

46) Vgl. Baron (Fußnote 44).

47) Diese Folgerung entspricht der Deduktion Kollers (S. 99 f., 126), der einen -wie auch im preußischen Recht vorhandenen - gesellschaftsrechtlichen Typenzwang nur im Ergebnis dadurch gemildert sieht, daß das Gesetz nicht sämtliche einen Typus regelnden Vorschriften als zwingend ausgestaltet oder einen stark modulationsfähigen Grundtypus als eine Art Auffangtatbestand enthält (in der Schweiz z. B. die einfache Gesellschaft gemäß Artt. 530 ff. OR).

Wegen des inneren Grundes dieser starken Bindung der Rechtsfähigkeit - Vorbehalt der Interessenabwägung für einen bestimmten späteren Zeitpunkt - vgl. die Ausführungen oben in Abschnitt I.

48) Von den Äußerungen in Schrifttum und Rechtsprechung, die in bald mehr, bald weniger deutlicher Form mit der hier entwickelten Konzeption - Behandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft auf der Grundlage der jeweiligen Interessensituation - übereinstimmen, bleiben abschließend folgende hervorzuheben: Heini (Fußnote 3) S. 537, der im Hinblick auf die Verschiedenheit der

Fortsetzung der Fußnote 48) siehe S. 173.

C) Gedanken zur Gesetzesreform

Gedanken zur Gesetzesreform haben notwendigerweise an die Beschaffenheit des Gegenstandes anzuschließen, dessen Regelung es zu erwägen gilt[49]. Grundlage der hier vorzunehmenden Erörterung ist dementsprechend folgendes zuvor gefundenes Ergebnis: Die rechtliche Behandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft hängt wesentlich von einer Interessenabwägung ab, die auf den Einzelfall abgestellt ist und auf der Gesamtheit der zur Zeit der Abwägung geltenden einschlägigen Vorschriften beruht. Ein kennzeichnendes Beispiel für die gebotene stark differenzierende Betrachtungsweise bildet das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. Juli 1968 [50]. Angesichts dieser Beschaffenheit des Gegenstandes der zu erwägenden Regelung bleiben dem Gesetzgeber nur zwei Möglichkeiten: entweder zu versuchen, den Kreis der in Betracht kommenden Fallgruppen im einzelnen zu ermitteln und hieran anzuschließen oder sich

---

Fortsetzung der Fußnote 48) von S. 172.

Interessenlage bei der einfachen Gesellschaft und dem entstehenden rechtsfähigen Verein die in Art. 62 ZGB vorgesehene vollständige Gleichbehandlung beider Gebilde nicht für angemessen hält, sondern zwischen Innen- und Außenverhältnis unterscheidet und dabei für das Innenverhältnis durchweg das Recht der rechtsfähigen Körperschaft für anwendbar erachtet (ebenso Siegwart in Zürcher Kommentar, Einl. zu Artt. 620 ff. OR Rdn. 80; Rdn. 78, Rdn. 215 mit Hinweis darauf, daß die Rechtsordnung eine Schutzordnung menschlicher Interessen sei). Aus dem Bereich der Rechtsprechung bleibt das Urteil des Bundesgerichtshofs in NJW 1968 S. 1830 ff. mit den dort zitierten Vorläufern dieser Entscheidung hervorzuheben.

49) Die Vorrangigkeit dieses Gesichtspunktes legt zutreffend Koller (S. 122) zugrunde und läßt damit andere Anliegen - z. B. rechtspolitischer Art - in ihrer Bedeutung zurücktreten.

50) Vgl. Fußnote 48 a. E.

mit der lapidaren Vorschrift zu begnügen, die noch nicht rechtsfähige Körperschaft sei unter entscheidender Berücksichtigung der im Einzelfall maßgebenden Interessen zu behandeln.

Keine dieser Möglichkeiten erscheint empfehlenswert. In bezug auf die 1. Alternative sollte m. E. das Verhalten des Gesetzgebers in der Frage der gesellschaftsrechtlichen Typenausgestaltung Vorbild sein. Das deutsche, österreichische und schweizerische Gesellschaftsrecht weisen zwar eine - begrenzt zwingende - Typik auf[51]. Dieses Phänomen äußert sich darin, daß bestimmte gesellschaftsrechtliche Vorschriften und Gestaltungen unabdingbar sind[52]. Im übrigen läßt der Gesetzgeber jedoch die grundsätzliche rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit unberührt[53]. Dieser Haltung liegt die Erkenntnis zugrunde, daß ein auch noch so genau und umfassend angelegtes Gesetz die Vielfalt der Lebensverhältnisse nicht erschöpfen kann, die auf dem Gebiete der gesellschaftlichen Gestaltungsformen besteht[54]. Um dieses Problem geht es auch bei der noch nicht rechtsfähigen Körperschaft. Die Vielfalt der hier möglichen Gestaltungsformen wird aus der Darstellung in Kapitel 1 betreffend den tatsächlichen Gründungsablauf und die Abgrenzung der

---

51) Zum Rechtsphänomen des gesellschaftsrechtlichen Typenzwanges - auf der Grundlage des schweizerischen Zivilrechts - vgl. Koller (insbesondere S. 99 f., 122, 126).

52) Wegen Anwendungsfällen vgl. z. B. - aus dem Bereich des deutschen Rechts -: Gramm bei Palandt § 705 BGB. Anm. 8; ferner - aus dem Bereich des schweizerischen Rechts -: Koller S. 126 ff., Gutzwiller (Fußnote 3) S. 503 f.

53) Daß es hier um die Grundlage der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit geht, heben z. B. Esser § 16 Ziffer 2 S. 54, Koller S. 99 hervor.

54) Vgl. z. B. Koller S. 122.

Entwicklungsstadien deutlich. Auf diesem Gebiete eine tatbestandsmäßig klar abgegrenzte Regelung zu schaffen, führte zu unüberschaubarer Kasuistik[55]. Als Folge ergäbe sich eine den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs widersprechende Erstarrung des Rechts, die der Rechtsentwicklung wesentlich größere Schwierigkeiten bereitete als der gegenwärtige Rechtszustand[56]. Die 2. Alternative ist m. E. deshalb abzulehnen, weil die oben skizzierte Generalklausel für die Rechtsanwendung wertlos wäre[57]. Sie bedeutete, wie sich aus den

55) Ein Beispiel für den notwendigerweise zum Scheitern verurteilten Versuch einer jeden Einzelfall umfassenden Regelung ist das über 17.000 Paragraphen umfassende Preußische Allgemeine Landrecht von 1794.

56) Die schweren Nachteile einer starren, in das Kasuistische abgleitenden Regelung zeigten sich bereits verhältnismäßig kurze Zeit nach Inkrafttreten des preußischen Allgemeinen Landrechts. Infolge des volkswirtschaftlichen Bedürfnisses nach privaten Kapitalinvestitionen großen Umfanges gewann die Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft rasch an Bedeutung. Ein Spiegelbild dessen ist der französische code de commerce von 1807 zusammen mit den ihn im Wesentlichen rezipierenden Rechten. Da das preußische Allgemeine Landrecht für Aktiengesellschaften nicht angelegt war (vgl. Johow bei Koch) Teil I Tit. 17 ALR Anm. 37 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals), bedurfte es des schwerfälligen Instrumentes einer gesonderten Regelung (vgl. im einzelnen die obige Darstellung der Rechtsentwicklung in Kapitel 2 § 1 B I 1).

57) Das Beispiel für eine sinnvolle Generalklausel ist dagegen § 242 BGB, da diese Vorschrift anders als die oben skizzierten Prinzipien eine in sich geschlossene Wertentscheidung des Gesetzgebers enthält und damit das "Einfallstor für ein (dementsprechendes) ius aequum" ist (vgl. Weber bei Staudinger, § 242 BGB Einl. VII C Rdn. 64 S. 38).

Ausführungen zu B I, II ergibt, lediglich eine Legalisierung allgemein anerkannter Rechtsfindungsprinzipien. Zu diesem Zweck bedarf es eines Eingreifens des Gesetzgebers nicht[58].

Ergebnis ist hiernach, daß im Interesse einer sachgerechten Behandlung der noch nicht rechtsfähigen Körperschaften - hier Verein und Aktiengesellschaft - der gegenwärtige Rechtszustand bestehen bleiben und zur Rechtsfindung im Einzelfall die im vorangegangenen Abschnitt entwickelten Prinzipien Anwendung finden sollten.

---

58) Das zeigt ein Vergleich der Praxis der Rechtsanwendung in Deutschland mit den Verhältnissen in der Schweiz und in Österreich. Während in den beiden letztgenannten Staaten die allgemeinen Grundsätze der richterlichen Rechtsfindung gesetzlich festgelegt sind (Art. 1 ZGB, § 7 ABGB), fehlt es in Deutschland an einer entsprechenden Regelung. Gleichwohl wendet die deutsche Praxis aus Erwägungen allgemeiner rechtsmethodischer Art die gleichen Grundsätze an (vgl. im einzelnen Weber bei Staudinger, § 242 BGB, Einl. f.). Aus vorgenannten Gründen ist m. E. auch entgegen Heini (Fußnote 3) S. 561 die Ausgliederung von sog. Mammutvereinen mit anstaltsähnlichem Verhältnis zu den Mitgliedern aus dem Vereinsrecht abzulehnen. Abgesehen von der Schwierigkeit einer Grenzziehung - wann ein solches Gebilde vorliegt - wäre die Gefahr zu groß, daß die gesetzgeberische Zuordnung dieser Gebilde zum Anstaltsrecht eine zu starre Regelung bedeutete.

Helmut Voigt
Regierungsrat
Berlin 42
Kurfürstenstr. 105

30. Januar 1969

Lebenslauf

Am 27. Dezember 1936 wurde ich als Sohn des Studienrats Dr. phil. Arno Voigt und seiner Ehefrau Charlotte in Berlin geboren. Nach Besuch der Volksschule in Berlin-Weißensee und der Eckener-Oberschule in Berlin-Mariendorf erlangte ich im März 1956 das Reifezeugnis unter Befreiung von der mündlichen Prüfung. Anschließend studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin und bestand am 26. Oktober 1960 das 1. juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt Berlin. Meinen Vorbereitungsdienst leistete ich ebenfalls ausschließlich in Berlin ab. Während dieser Zeit war ich für ein Semester Herrn Prof. Dr. Ernst E. Hirsch bei der Durchführung eines handelsrechtlichen Lehrauftrages an der Technischen Universität Berlin als Hilfsassistent (Korrekturassistent) zugeteilt. Parallel zu meiner Referendarstation in der Steuerverwaltung nahm ich an Lehrveranstaltungen des Hochschulinstituts für Wirtschaftskunde teil und übte längere Zeit eine Nebentätigkeit in einer größeren Anwalts- und Notariatspraxis aus. Nach Ablegung der 2. (großen) juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Berlin am 28. Januar 1965 trat ich in die Steuerverwaltung des Landes Berlin ein und bin seit Abschluß der besonderen Ausbildung an der Bundesfinanzakademie als Referent, vorwiegend auf dem Gebiet der Betriebsprüfung und speziell der Umsatzsteuer, tätig.

Druck: Oskar Zach oHG.,
1 Berlin 31, Babelsberger Straße 40/41
Telefon: 86 03 96